

THERE OUGHT TO BE A LAW:

PROTECTING CHILDREN'S ONLINE PRIVACY IN THE 21ST CENTURY

A Discussion paper for Canadians by the Working Group of Canadian Privacy
Commissioners and Child and Youth Advocates
November 19, 2009

Statutory Offices participating in the Working Group:
Agents Parlementaires et statutaires participant au Groupe de travail:

New Brunswick Child and Youth Advocate/ Défenseur des enfants et de la jeunesse du Nouveau-Brunswick
Privacy Commissioner of Canada/ Commissaire à la vie privée du Canada
British Columbia Representative for Children and Youth
Alberta Child and Youth Advocate
Commission d'accès à l'information du Québec
Nova Scotia Ombudsman's Child and Youth Services Unit
Newfoundland and Labrador Information and Privacy Commissioner's Office

Contents

Acknowledgments.....	3
Introduction	5
The Working Group.....	7
A Child's Right to Privacy and the Risks Online.....	8
Potential Dangers: Online Commercial Exploitation of Children.....	8
Potential Dangers: Online Child Sexual Exploitation	10
Potential Dangers: Online Invasion of Privacy	12
Options for Law Reform.....	13
Specialised Legislation Protecting Children's Online Privacy: the US COPPA model.....	13
General Legislation prohibiting marketing aimed at minors:	14
The Quebec Consumer Protection Model	14
Prohibiting commercialization of children's online play spaces.....	15
Non-Commercial Online Play Spaces	16
Law Reform to PIPEDA.....	16
Requirements for Internet Service Providers	18
Mandatory Reporting of Child Pornography.....	20
Safeguarding against the distribution of prohibited internet sites	23
Children's Privacy as a Human Right.....	23
Conclusion.....	25
Appendix I - Summary of Legislative Reform Proposals	27

Acknowledgments

Everyone as a child has heard the stories of children tempted to run away and join the circus. The lure of adventure and fame is engrossing for every child. Today a vast virtual world of adventure entreats our children and poses new risks to their privacy, the security of their persons and their healthy development. The working group of child and youth advocates and information and privacy commissioners was formed in January of this year to commence a dialogue and launch a public debate on the legislative parameters that can and should help parents navigate the net and ensure that all its potential is made available to their children without undue risk to their privacy or their safety.

This collaboration between offices with varying mandates affecting children's rights augurs well, I think, for improved enforcement of the rights guaranteed under the *Convention on the Rights of the Child* in Canada. The main goal of the working group, to produce a discussion paper aimed at informing public debate around the need for legislative reform in the area of children's privacy, was at once modest and realistic. The goal could not have been achieved however without significant collaboration and contributions on several fronts.

I want to thank first and foremost the numerous members of the working group who participated at various stages in this process, including from the privacy oversight officers table, Diane Aldridge from the Saskatchewan IPC office, Kasia Krzymien from the Office of the Privacy Commissioner of Canada, Fakhri Gharbi, from the Commission de l'accès à l'information du Québec and Suzanne Hollett from the IPC office in Newfoundland and Labrador. From the Canadian Council of Provincial Child and Youth Advocates I would like to acknowledge the contributions of John Greschner from the BC Representative for Children and Youth Office, John Mould, the CYA for Alberta and Christine Brennan, Child and Youth Services Coordinator for the Nova Scotia Ombudsman's Office. A deep expression of thanks is due also to the several experts and panelists who took part in our Working Group meetings and presented at our symposium in Fredericton last May, including, Professor Valerie Steeves of the University of Ottawa, John Lawford with the Public Interest Research Group, Parry Aftab, a New York-based children's Internet lawyer, Signy Arnason with the Canadian Centre for Child Protection in Winnipeg, Paul Gillespie of the Kids Internet Safety Alliance and Jason Doiron of the Fédération des Jeunes Francophones du Nouveau-Brunswick. All of these contributions are included in the report which follows which was compiled through the efforts of several members of my staff, including Christian Whalen, our legal counsel who chaired the Working Group and Jessica West and Kara Patterson who had a lead role in crafting the text but who were helped in great measure also by Jennifer Murray, Ben Reentovich, Maria Montgomery and Janel Guthrie.

Finally, I wish to acknowledge the broad support and encouragement I have received from colleagues federally and provincially at both the Child and Youth Advocates table and the

Information and Privacy Commissioners table for this work. The report will bear fruit in direct relation to the uses and good offices to which my colleagues can put it in their own respective jurisdictions. For this too, I am most grateful.

Bernard Richard

Ombudsman and Child and Youth Advocate

Introduction

Privacy is the ability of an individual or group to seclude themselves or information about themselves thereby revealing themselves selectively. The boundaries and content of what is considered private differ among cultures and individuals.

As technology has advanced, the way in which privacy is protected and violated has changed with it. The increased ability to collect information in a networked environment has led to new ways in which privacy can be breached. Privacy laws must be adapted to reflect the changes in technology in order to address these issues and maintain people's right to privacy, including the ability to control what information one reveals about oneself over networks and to control who can access that information.

Privacy is important to children because it allows them to control how much and when they reveal information about themselves. This is an important factor in the natural development of children, because privacy is linked to the formation of identity and the ability to enter into healthy relationships with others.

Today's children are growing up in a wired world and that fact poses significant challenges for privacy protection. Canadian children are among the most wired in the world. All public schools in Canada have been wired to the Internet since 1997. In 2003, almost 75% of households with children were connected to the Internet.¹ Today, residential numbers have approached universal access, equivalent to cable and phone penetration.

Although early attempts to wire children were based on the premise that it would help them learn and acquire job-related skills, children primarily use the Internet as social networking tool. Social networking programs like MSN Messenger, Facebook, and YouTube have millions of users worldwide, many of whom are children and adolescents. Canadians lead the world in terms of their per capita adoption of these technologies and young Canadians continue to lead the charge by a very wide margin.

Along with its incredible potential, the Internet and its increasingly portable devices can present many risks to children and young people if they are misused, for instance as a result of cyber-bullying, grooming, privacy violations or exposure to harmful content (pornography, racism, etc). The Internet has also facilitated an explosion of online child sexual exploitation, which raises a number of additional privacy concerns for the child subjects of sexual abuse footage that has been posted online. While online commercial exploitation and online sexual exploitation of children are fundamentally different in nature and in the harms that each pose to children, both forms of online exploitation clearly violate the privacy interests of children.

¹ Statistics Canada, *Household Internet Use Survey, 2003* (8 July 2004), <<http://www.statcan.ca/Daily/English/040708/d040708a.htm>>.

A number of initiatives to combat online child sexual exploitation have been launched in Canada, including the Canadian Centre for Child Protection ("C3P"), a charitable organization dedicated to the personal safety of children. In 2002, C3P set up Cybertip.ca, a national tip line for reporting online sexual exploitation of children.² The federal government also launched a national strategy with the Royal Canadian Mounted Police in 2004 that included the creation of the National Child Exploitation Coordination Centre.³ While these initiatives are laudably targeting the proliferation of online sexual exploitation of children, there remains much work to be done to address the ongoing privacy issues that victims endure.

Less attention has been given to online commercial exploitation of children, and privacy commissioners and data protection authorities have been among the first to raise concerns about the associated risks. In June 2008, Canada's privacy commissioners established the Regina Resolution,⁴ an education-based approach that encouraged the cooperation and partnership among commissioners, governments, industry and organizations to improve online privacy for children and young people. They agreed to work together to implement public education activities to increase awareness among children and young people to the privacy risks inherent to their online activities.

In the fall of 2008, the Strasbourg Resolution was created at the 30th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners.⁵ The resolution encouraged countries to work together and devote effort and resources to the matter of children's online privacy in each of their respective jurisdictions. It acknowledged that while many young people recognize the risks associated with their online activities, they often lack the experience, technical knowledge and tools to mitigate those risks.

The Working Group

The focus of both the Regina and Strasbourg Resolutions was to do more to educate ourselves and young people and their parents about online privacy. Public awareness and education will help but stronger laws are also needed. The Children's Online Privacy Working Group has been working to identify and devise new legislative standards to better protect children's online privacy.

The Children's Online Privacy Working Group, began its work in January 2009 on the initiative of Canadian provincial child and youth advocates and privacy commissioners. Comprised of a

² Cybertip.ca: <<http://www.cybertip.ca>>.

³ National Child Exploitation Coordination Centre, online: Royal Canadian Mounted Police: <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ncecc-cncee/>>.

⁴ Children's Online Privacy: Resolution of Canada's Privacy Commissioners and Privacy Oversight Bodies, online: Privacy Commissioner of Canada: <http://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2008/res_080604_e.cfm>.

⁵ Resolution on Children's Online Privacy, online: 30th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners: <http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_child_privacy_en.pdf>.

representative number of commissioners and advocates from across the country, the Working Group looked at the issue of children's online privacy through the dual lenses of the commercialization of children's online space, including advertising directly to children and the use of children's online space for commercial data-mining purposes, and protecting children from the dangers of the Internet, including child pornography, exploitation and luring. The Working Group also explored the emerging risks to children's privacy posed by misuse of social networking sites, cyber-bullying, sexting and online defamation.

The primary goal of the Working Group was to produce this discussion paper which was presented in draft form at the September annual meeting of the Canadian Council of Provincial Child and Youth Advocates ("CCPCYA") and the September summit of Information Privacy Commissioners ("the Commissioners"). The Working Group has collected the feedback from these forums to release a revised discussion paper in anticipation of National Child Day, November 20th, 2009, which also marks this year the 20th anniversary of the signing of the UN Convention on the Rights of the Child.

The Working Group was formed in the late fall of 2008 and early part of 2009 as a follow up to Professor Valerie Steeves' presentations in Regina and Ottawa to annual meetings of Commissioners and Advocates. Advocates' offices from Nova Scotia, Alberta and BC have taken part, as have Commissioners' offices in Saskatchewan, Ottawa, Quebec and Newfoundland. The New Brunswick Office of the Ombudsman and Child and Youth Advocate, which is common to both forums, has chaired the Working Group. A number of leading researchers in the area of children's online privacy have participated and assisted the Working Group's deliberations. Following a few conference calls early in 2009, sharing of best practices legislatively and devising a plan of action, the Working Group met for a two day seminar in Fredericton, New Brunswick. This paper summarizes and outlines some of the legislative provisions discussed during the seminar, as options for further study and law reform. Much of the discussion in Fredericton focused on identifying the harms and determining whether constitutional, statutory or social norms would be most effective in addressing them. Before looking more closely at existing and proposed legislative models, we start by summarizing the discussion related to the harms in question.

A Child's Right to Privacy and the Risks Online

Potential Dangers: Online Commercial Exploitation of Children

Children see the Internet as a place to play and socialize, and the vast majority of their activities take place on commercial sites that are designed to generate a profit. The harm as it relates to the commercialization of online space is not immediately clear. Children are lured to these websites by games, contests, and the opportunity to communicate with their peers. These sites collect marketing information from its users by collecting data provided by the user when they participate in online quizzes or games which record the user's likes and dislikes. This information is then used to select products to advertise to children that are specifically aligned with their expressed preferences. The result is a form of social sorting whereby large

corporations have too great an influence over the play spaces of children and youth. This seamless blend of commercial content, entertainment and play on children's sites also provides an opportunity to disguise marketing as empowerment. What has transpired—the unrestrained gathering and use of children's personal information with no clear limits on how that data can be used, retained, or transferred—is of significant concern.

Commercial content is embedded not only into virtual spaces, but also into virtual relationships that work to integrate brands into a child's identity. Websites such as Barbie.com do not focus so much on collecting marketing data but rather encourage children to buy their product by developing a personalized relationship between the child and the product. The product is often personified in a way that relates to the child. The child, for example, may be able to communicate directly with Barbie. By having children identify with a product, the company is better able to engage the child and to groom them into loyal consumers from an early age.

This kind of marketing may be analyzed as an invasion of privacy if the corporation penetrates the child's private spaces and extracts data for instrumental purposes by manipulating the child communicatively. For instance the child may not be situated as a consumer interacting with a salesperson but rather as a friend talking to a 'friend.' Part of the value of privacy in the past was that it limited the circulation of recorded judgments about individuals, leaving them free to seek self-realization in an open environment. Today, unbeknownst to the user, information is recorded and judgments are used against the user to solidify his or her preferences.

Young children typically cannot differentiate between online content and advertising and do not understand the consequences of revealing their personal information to marketers. Amongst other articles, the Convention on the Rights of the Child provides for a child's right to privacy (Article 16), but also recognizes the important role that mass media plays in children's lives (Article 17) and that every child should have the freedom to seek ideas through media of his or her choice (Article 13). These provisions go beyond questions of access and seek to ensure that media will promote a child's social and moral well-being.

Access to the Internet now plays a large role in the development of children and adolescents. Older children tend to use the Internet to obtain independence from their parents and families, to communicate with their peers, to try on new identities, and to exercise their freedom of expression by articulating their opinions. Many adolescents view social networking tools as a way to maintain a protective distance from the person they are communicating with, which enables them to think more about what they are going to say and avoid embarrassing situations that would occur on the telephone or in a face-to-face conversation.

Furthermore, as technology continues to expand, one must remember that Internet access is not limited to availability through computers. Most of today's mobile phones provide access to the Internet, and due to their compact size and portability, provide the ability to be connected to the outside world all the time. The newest generation of mobile phones, smartphones, continues to grow in popularity. Many smartphone plans include unlimited access to trendy networking websites to keep children and youth constantly connected to these sites.

These forms of targeted marketing of children rely heavily on manipulation to extract personal information to promote the commercial interests of the corporation, reaping hefty financial profits at the expense of children's dignity, autonomy, and privacy interests.

Advances in mobile phone technology and the widespread use of mobile phones by children and youth have enabled new forms of social interaction, some of which are disturbing. Mobile phones are now embedded with cameras and have the capability to send photographs, videos, and messages that the user creates. There has been a great deal of concern raised by the growing tendency of some young people to send photos, videos, and messages with explicit sexual content, called sexts, over their mobile phones. A social danger with sexting is that material that was intended by the sender to be private can very easily be widely promulgated, over which the originator has no control. The phenomenon also raises interesting questions about the relationship between privacy, technology and media representations of youth.

In the United States, child pornography criminal charges have been laid against teenagers who have sent sexually explicit photographs to others. However, states such as Vermont have felt that harsh criminal laws for child pornography are not the proper way to deal with this problem. Instead, they have taken action to prevent such charges from being laid by introducing a bill to legalize the consensual exchange of graphic images between two people aged thirteen to eighteen years old.⁶ Passing along such images to others would remain a crime.

Online play space has become a omnipresent element of childhood and more work needs to be done in terms of how children and youth access the Internet and what is done with the data collected by third parties. In both cases serious violations of a child's right to privacy occur and a stronger guarantee of a child's right to privacy may provide the best analytical framework for tackling these emerging social problems in the information age.

Potential Dangers: Online Child Sexual Exploitation

Sexual exploitation of children is a gross violation of their right to respect for their human dignity and physical and mental integrity. Fulfillment of the states' human rights obligations under international law requires effective protection for all children from all forms of sexual exploitation. The Convention on the Rights of the Child affirms the status of all children as equal holders of human rights and empowered actors in the realization of their rights, and it includes explicit rights to protection from all forms of violence and exploitation, including sexual exploitation.

While technology forges ahead at a breakneck pace, law enforcement has not been able to keep pace with the growth in Internet-facilitated criminal activity, and the widespread use of the Internet has greatly contributed to and facilitated the sexual exploitation of children via electronic means. Child sexual abusers and predators have greater and easier access to children

⁶ *An Act Relating to Expanding the Sex Offender Registry*, VT LEG 247571.1 (2009) Sec. 4. 13 V.S.A. § 2802b.

through ever-expanding means of online communication—e-mail, instant chat programs such as MSN Messenger, interactive gaming sites with chat capabilities, and social networking websites like Facebook, to name but a few. Further, electronic devices and the Internet have greatly facilitated the distribution, if not the production, of child pornography. Each of these raises unique privacy concerns for children.

In 2002, the Criminal Code was amended to create the criminal offence of luring.⁷ People who engage in online child luring take advantage of children sharing their personal information online. Using personal information that a child has posted online, lurers forge a “bond” with the child and gradually steer conversation topics to those of a sexual nature, which may include sharing online pornographic material, as part of the grooming process. These conversations can quickly escalate to the lurer pressuring the child to meet, with the express or intended aim of engaging in sexual activity with the child. The issue of luring is one that has a greater impact on adolescents as they are exposed to potential predators when they enter the online world, and there is evidence that exposure to sexualized content is one of the steps in the process of grooming a young person for an assault. The issues become ever more complicated in a world where mainstream media images are increasingly eroticizing children and teenagers.

Another issue surrounding the widespread use of the Internet is that it has facilitated the online sharing and distribution of child pornography. The Internet is being used as a medium to send images and video around the world of actual children being exploited and abused. Not only are children being increasingly sexualized, there is also a concern that there may be a link between viewing online material and committing real world assaults.⁸

The particular ways in which harm might arise from the possession of abusive images were summarized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sharpe*:

1. Child pornography promotes cognitive distortions such that it may normalize sexual activity with children in the mind of the possessor, weakening inhibitions and potentially leading to actual abuse.
2. Child pornography fuels fantasies that incite offenders.
3. Prohibiting the possession of child pornography assists law enforcement efforts to reduce the production, distribution and use that result in direct harm to children.
4. There is ‘clear and uncontradicted’ evidence that child pornography is used for grooming and seducing victims.

⁷ *Criminal Code of Canada*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 172.1. The scope of the provision is currently under scrutiny by the Supreme Court of Canada, which will determine whether targeting children online for sexual conversations where there is no intent to meet and no sexual activity has taken place meets the criteria outlined in the luring provision: *Craig Bartholomew Legare v. Her Majesty the Queen*, Judgment October 15, 2009. On appeal from the Court of Queen’s Bench of Alberta, 2006 ABQB 248.

⁸ See <http://www.cybertip.ca/app/en/risks> for a list of risks to children on the Internet.

5. To the extent that most child pornography is produced using real children, the viewer is in a sense an accessory after the fact to an act of child abuse by providing a market for it.⁹

The harm inflicted on children who are subjects of child pornographic materials is obvious. Sexual abuse is in itself a gross violation of a child's dignity and security of the person. Where the abuse is recorded and shared with others for pornographic purposes, victims are in the position of being re-abused every time the recordings are viewed. Digital technology and the Internet have ensured that recordings posted online become a permanent, irretrievable, and indestructible record that perpetuates the abuse every time it is viewed, copied, and distributed. The Supreme Court of Canada recently recognized the severity and continuous nature of the harm of online child pornography, and the need to impose strict sentences on offenders given the nature of this harm:

I note that L.M. disseminated his pornography around the world over the Internet. The use of this medium can have serious consequences for a victim. Once a photograph has been posted on the Web, it can be accessed indefinitely, from anywhere in the world. R.M. will never know whether a pornographic photograph or video in which she appears might not resurface someday.¹⁰

The privacy interests of children at stake regarding online child pornography are different in that they arise in the context of a permanent digital record of abuse that can be reproduced electronically indefinitely. Once an image or recording is posted online, it effectively becomes a permanent public record, with no controls to restrict when, where or how often it is distributed. What steps can be taken to minimize the impact of such a gross, ongoing and permanent violation of a child's privacy and dignity?

While the primary focus has been and must continue to be to work towards reducing the production and distribution of child pornography, investigation, prosecution, and prevention processes and strategies raise their own privacy concerns for the children involved. Steps must be taken to ensure that a minimum amount of people have access to child pornography throughout the law enforcement and legal process. The RCMP and Cybertip.ca maintain databases of known child pornographic content and lists of websites that contain illegal content, and under the current voluntary system, Cleanfeed provides encrypted lists to participating ISPs which in turn upload the encrypted lists to their routers to block subscriber access. While this current system has not yet been subject to a security breach, the option of legally requiring all ISPs to participate would raise additional privacy concerns regarding the security of the information, and a security breach with this kind of highly sensitive information would be disastrous.

⁹ *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2.

¹⁰ *R. v. L.M.*, 2008 SCC 31 at para. 28. L.M. was convicted of sexually assaulting his daughter and of making, distributing and possessing child pornography. The Court upheld the trial judge's imposition of the maximum 15-year sentence, overruling the Court of Appeal's ruling to reduce the sentence to 9 years.

The online sexual exploitation of children presents immediate and long-term harm to children, who often in turn repeat the cycle of abuse in a myriad of ways, making this a matter of pressing societal concern. Stronger guarantees of children's right to privacy, greater privacy protections for victims of online sexual exploitation, and legislative reforms to better combat Internet-facilitated criminal activities that target children must be considered.

Potential Dangers: Online Invasion of Privacy

Another cause for concern with the advent of social media and the seemingly limitless ability to post and update Facebook pages and blogs is how children and adults alike represent others online. Repeating rumours about others or posting photographs of others without their permission can easily happen with little malicious intent, but this could be construed as an invasion of privacy, raising the risk of civil liability for libel, defamation, and other torts against a person's reputation. It cannot be stated too often that what is posted online essentially becomes a permanent, irretrievable public record that can have far-reaching consequences beyond what was intended when originally posted:

The Internet represents a communications revolution. It makes instantaneous global communication available cheaply to anyone with a computer and an Internet connection. It enables individuals, institutions, and companies to communicate with a potentially vast global audience. It is a medium which does not respect geographical boundaries. Concomitant with the utopian possibility of creating virtual communities, enabling aspects of identity to be explored, and heralding a new and global age of free speech and democracy, the Internet is also potentially a medium of virtually limitless international defamation.¹¹

Misappropriation of personality and impersonation of others are also torts that are greatly facilitated by the development of new technologies.

Courts across Canada have been increasingly hearing claims of online libel and defamation, and there is an emerging trend of findings of legal liability for these actions.¹² A recent court decision took this further and found that there is no reasonable expectation of privacy regarding the use of the Internet for the purpose of publishing defamatory statements and provided a civil remedy for the ISPs to disclose the names of customers to identify the proper defendants in an action for libel.¹³ The veil of anonymity on the Internet will not shield people from legal responsibility for their actions online.

Today's reality is that the online world is becoming an increasingly important aspect in the lives of children and youth; they play, communicate and do school work online. It is no longer enough to put the onus completely on parents and schools to limit the ability of children and youth to access the Internet. The government must be pressed to recognize that protection of

¹¹ Matthew Collins, *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford University Press, 2001), at para. 24.02.

¹² *WeGo Kayaking Ltd. et al v. Sewid, et al*, 2007 BCSC 49; *Henderson v. Pearlman*, 2009 CanLII 43641 (ON S.C.).

¹³ *York University v. Bell Canada Enterprises*, 2009 CanLII 46447 (ON S.C.).

children's online privacy is a human rights concern, and laws must be put in place to regulate the collection and use of this data.

Options for Law Reform

Specialised Legislation Protecting Children's Online Privacy: the US COPPA model

Technology is changing our societies so fast that it is difficult for legislators to keep up. In 1998 the United States enacted the *Children's Online Privacy Protection Act of 1998* ("COPPA") to address the issue of the online privacy of children.¹⁴ This legislation applies to operators of commercial websites directed at children that collect personal information from children under the age of thirteen. The legislation requires that the website operators obtain "verifiable" parental consent before collecting information from a child.¹⁵ Typically, this means that the operator must make reasonable efforts to provide a parent with notice of its information collecting practices and ensure that a parent consents to the collection of the information on that basis. However, the Federal Trade Commission states that "if the operator uses the information for internal purposes, a less rigorous method of consent is required. If the operator discloses the information to others, the situation presents greater dangers to children, and a more reliable method of consent is required."¹⁶ Internal purposes include "marketing back to a child based on his or her preferences or communicating promotional updates about site content."¹⁷

The problem is that *COPPA* has been ineffective in protecting the invasion of online privacy of children. One of the issues is that there is no way to verify the parental consent. Website privacy policies are often so difficult to understand that no one is clear what they are consenting to. Furthermore, most children (and adults) fail to read privacy policies before giving their consent.

COPPA defines "personal information" as:

(8) PERSONAL INFORMATION.—The term "personal information" means individually identifiable information about an individual collected online, including—

- (A) a first and last name;
- (B) a home or other physical address including street name and name of a city or town;
- (C) an e-mail address;
- (D) a telephone number;
- (E) a Social Security number;
- (F) any other identifier that the Commission determines permits the physical or online contacting of a specific individual; or

¹⁴ 15 U.S.C. ss. 6501–6506 (2000), <<http://uscode.house.gov/download/pls/15C91.txt>> [COPPA].

¹⁵ US, Federal Trade Commission, *How to Comply with the Children's Online Privacy Protection Rule*, <<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/coppa.htm>>.

¹⁶ *Ibid.* at 2.

¹⁷ *Ibid.* at 1.

(G) information concerning the child or the parents of that child that the website collects online from the child and combines with an identifier described in this paragraph.

COPPA only requires consent for information that can specifically identify an individual child; its wording is such that it does not cover non-personal information or aggregate data. It is, in part, due to these limitations that it is not considered an effective model as it still allows for behavioural targeting. Interestingly some U.S. Congress representatives are now considering legislative proposals that would ban behavioural targeting of children altogether.¹⁸ If the US moves in this direction it will make it much easier to enforce similar legislative developments in Canada.

General Legislation prohibiting marketing aimed at minors

The Quebec Consumer Protection Model

Another piece of legislation aimed at protecting children from the influence of advertisers is the Quebec *Consumer Protection Act*.¹⁹ This Act, enacted in 1987, has banned any advertising directed at children under the age of thirteen. The regulations passed pursuant to the Act contain a rather complex scheme of exemptions.²⁰ While this Act does not consider the issues of online privacy or data-management, it does provide an example of how commercial activities have been limited to protect children's interests. The general view taken by the Quebec legislature and supported by Canadian courts is that under the age of thirteen children are particularly susceptible to the manipulative content of advertising campaigns.

Quebec's Consumer protection provisions were first made famous in Canadian legal circles when Irwin Toy contested their validity before the Supreme Court of Canada. The constitutionality of limiting this type of commercial advertising was upheld by the Supreme Court of Canada in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*.²¹ Although such legislation was found to be an infringement on the freedom of expression, the law was upheld because of the pressing and substantial objective of the protecting a group that is vulnerable to commercial manipulation. The majority of the Court felt that children are not as able as adults to evaluate the persuasive force of advertising and that the Quebec legislature was reasonable in concluding that advertisers should not be allowed to capitalize on children's credulity. "[T]he particular susceptibility of young children to media manipulation, their inability to differentiate between reality and fiction and to grasp the persuasive intention behind the message, and the

¹⁸ See press report: <http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2009/09/01/privacy-advocates-push-for-new-legislation/>. US Privacy Advocates have released this month a legislative primer demanding law reform to protect children from behavioural targeting: <http://www.uspirg.org/uploads/s6/9h/s69h7ytWnmbOJE-V2uGd4w/Online-Privacy---Legislative-Primer.pdf>.

¹⁹ *Consumer Protection Act*, R.S.Q. 1987, P-40.1, ss. 248, 249, 364.

²⁰ Regulation Respecting the Application of the Consumer Protection Act, R.S.Q. c. P-40.1, r. 1, (ss. 87 to 91).

²¹ *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

secondary effects of exterior influences on the family and parental authority" were the general concerns prompting this legislative response.²²

The protection of children's online privacy raises much of the same concerns. Advertisers are targeting this vulnerable group in hopes of profiting from their naiveté. Thus, a similar ban on the collection of children's personal information may be the best way to protect kids from invasive online practices. Good privacy policy must be sensitive to children's developmental needs, including their need for privacy and the role that privacy plays in fostering trusting relationships with others.

Prohibiting commercialization of children's online play spaces

One way in which to protect children from Internet-based media manipulation would be to introduce federal legislation that would prohibit embedded advertising in children's online games and play spaces. A template for this type of law reform can be found in ss. 248 – 249 of the Quebec *Consumer Protection Act* which prohibits advertisements targeted toward children under the age of thirteen:

Advertising for persons under 13.

248. Subject to what is provided in the regulations, no person may make use of commercial advertising directed at persons under thirteen years of age.

Criteria of intent.

249. To determine whether or not an advertisement is directed at persons under thirteen years of age, account must be taken of the context of its presentation, and in particular of

- (a) the nature and intended purpose of the goods advertised;
- (b) the manner of presenting such advertisement;
- (c) the time and place it is shown.

Presumption.

The fact that such advertisement may be contained in printed matter intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over, or that it may be broadcast during air time intended for persons thirteen years of age and over or intended both for persons under thirteen years of age and for persons thirteen years of age and over does not create a presumption that it is not directed at persons under thirteen years of age.

Although having survived that early challenge, the Quebec legislative provisions were for many years thought to apply only to the broadcast sector and their enforcement was not always considered effective. In recent years, however, consumer protection movements and children's advocates in Quebec have prompted a resurgence of enforcement activity by the Consumer Protection Bureau, and rather than face charges media giants such as Nestlé, McDonald's, General Mills and others have pleaded guilty to charges for marketing schemes

²² *Ibid.* at 621.

that were broadcast, Internet-based, or embedded in daycare healthy living campaign materials.

The Quebec legislative model could be updated and reinforced to specifically address the concerns of behavioural targeting in the Internet era. Other provinces could follow Quebec's lead by adopting either general prohibitions on marketing to children or more specialized provisions prohibiting behavioural targeting of minors and any data-mining or secondary uses of data collected from children's online play. Alternatively, federal legislation may be an option to restrict the commercialization of children's online play spaces by amending the federal *Competition Act* to make it an offence to engage in collecting information from children for the purposes of targeted marketing activities.²³

Non-Commercial Online Play Spaces

Another proposal to consider is the creation of online play spaces for children and youth that are not commercial in nature. As a society, we have identified a number of spaces that are protected, to some degree, from commercial interference: playgrounds, schools, libraries. As the amount of time that our children spend online increases, it may be time that we recognized this represents yet another forum where children are given the opportunity to build relationships and have fun without being unduly influenced by commercial interests.

A number of not-for-profit online resources already exist, such as Zoe & Molly Online, which is run by the Canadian Centre for Child Protection under their Cybertip.ca program. The challenge with this proposal is the possible high start-up cost and expertise necessary to develop a website children would actually like to visit. Accordingly, financial support of existing NGOs may be a feasible alternative. As the Internet becomes increasingly the media of choice for young Canadian viewers, an informed public debate should help determine the value, the cost and the means that could best protect and promote non-commercial online play spaces. The Canadian Broadcasting Corporation is a public broadcaster created by federal statute embodying the importance which Canadians have placed in public broadcasting. Should specialized legislation establish and define the public space which Canadians want to reserve to their children's safe and optimal development via the web?

Law Reform to PIPEDA

The current privacy legislation in Canada, the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* ("PIPEDA")²⁴ has been ineffective at dealing with the problem of protecting children's online privacy. *PIPEDA* was introduced in the 1990's and governs how private-sector companies can collect, use and disclose personal information. It is a consent-based model of protection that does not look at the relative maturity or age of the person offering consent, nor

²³ Valerie Steeves, "Children's Privacy: An Overview of the Federal Legislative Landscape" (July 2009).

²⁴ *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c-5.

are the standards for ensuring the consent is informed sufficient. To put it simply, children are not differentiated from adults when considering their privacy rights.

PIPEDA is subject to a mandatory legislative review on a regular basis. The last review recommended legislative reform in the area of children's privacy and Industry Canada, in response, has agreed to do this. We have yet to see meaningful legislative action on this front federally, and yet the next *PIPEDA* review is not that far off. Canadians are looking to federal and provincial parliamentarians for leadership and results as to how to keep our promises to children and to mitigate any harm to them. One suggestion as to how *PIPEDA* or substantially similar statutes at the provincial level can be amended is to shore up the consent requirements based on specific age requirements, with different levels of consent based on age categories. The following is a proposed scheme of varying consent requirements put forward by the Public Interest Advocacy Centre in a 2008 report on children's online privacy:

1. Under thirteen: a general prohibition on the collection, use and disclosure of all personal information from children under the age of thirteen.
2. Aged 13 – 15: websites would be permitted to collect and use personal information solely in relation to that website with the explicit consent of the teen and parent and would not be permitted to further disclose their personal information
3. Aged 16 to legal maturity (18 or 19): websites would be permitted to collect personal information with the teen's consent, and disclose the personal information of the teen only with the opt-in consent of the teen and explicit consent of a parent.
4. After attaining the age of majority: websites and corporations would no longer be permitted to retain the information gathered when the child was below the age of majority and would be required to delete the information immediately without the explicit consent of the person attaining the age of majority.²⁵

The distinction between this suggested law reform and *COPPA* is that this law reform calls for a total prohibition on the collection, use or disclosure of the personal information of someone under the age of thirteen whereas *COPPA* simply requires parental consent. Due to the lack of success of *COPPA*, a total prohibition on the collection, use or disclosure of the personal information of someone under thirteen may be a reasonable alternative.

Although the various proposed age categories will make the legislation more complicated to comply with and to administer, they may be necessary to ensure the legislation is Charter-compliant. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the liberty and equality of all Canadians and may oblige the state to respect the decisions of children who possess the capacity and sufficient maturity to make such personal decisions about releasing personal information to website operators. The recent Supreme Court of Canada decision *A.C. v.*

²⁵ Public Interest Advocacy Centre, *All in the Data Family: Children's Privacy Online* (September 2008), online: Public Interest Advocacy Centre <http://www.piac.ca/files/children_final_small_fixed.pdf>, p. 69-70.

*Manitoba (Director of Child and Family Services)*²⁶ held that child protection laws must respect the decisions of mature young people provided they demonstrate they are competent to make the decision involved. The court determined that if the necessary level of maturity exists in the young person, the adolescent's views ought to be respected.

Based upon the previous *PIPEDA* review and the lack of follow-through in relation to children's online privacy, there is a clear opportunity to deliver a strong message, especially if the message is supported by interested agencies across the country. Privacy commissioners and child and youth advocates from across the country hope that by acting together with civil society we should be able to move forward this agenda appreciably.

Requirements for Internet Service Providers

There can be a conflict between police officers who want access to personal information in the course of a child pornography investigation and Internet service providers ("ISPs") who require search warrants before providing customer information to investigating peace officers. ISPs are permitted to disclose personal information such as the name, address and phone number of a customer being investigated in these circumstances under current privacy legislation; however, others are hesitant to do this because of countervailing values such as privacy, free speech and freedom of association. Privacy legislation is however the shield which is used as the basis for refusing cooperation, and this has created significant confusion for officials seeking to reconcile advice from child advocates and law enforcement agencies on the one hand and privacy advocates on the other.

Currently, ISPs are not required to retain customer data, potentially frustrating police investigations into suspected child pornography users. The Canadian Coalition Against Internet Child Exploitation,²⁷ chaired by Cybertip.ca, has developed an excellent tool to assist in this. They have created a standardized letter of request for information that can be used by police asking for access to information that sets out the reasons for the request and limits access to circumstances that involve child pornography.

Legislation has recently been tabled at the federal level that would require all ISPs to disclose a customer's name, address, IP address, and email address information upon request without court oversight. The *Technical Assistance for Law Enforcement in the 21st Century Act* (Bill C-47)²⁸ would allow authorities access to customer information without a warrant and would place new technical requirements on telecommunications companies to allow for interception by Canadian police and national security agencies. This is complemented by Bill C-46, the

²⁶ *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30.

²⁷ The Canadian Coalition Against Internet Child Exploitation (CCAICE) is a voluntary group of partners who work to reduce child sexual exploitation on the Internet. Chaired by Cybertip.ca, other members include the National Child Exploitation Coordination Centre, Public Safety Canada, Canadian Association of Internet Providers, AOL Canada, Bell Canada, Cogeco, TELUS, Rogers, Shaw, MTS, Yahoo! Canada, Google, and SaskTel.

²⁸ Bill C-47, *Technical Assistance for Law Enforcement in the 21st Century Act*, 2nd Sess., 40th Parl., 2009, online: <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4008179&Language=e&Mode=1&File=9>>.

Investigatory Powers for the 21st Century Act,²⁹ which would provide police and national security agencies with new investigative powers like preservation demands and production orders to telecommunications companies and trace orders for locating a telecommunications device.

A preservation demand is a written demand made by police requiring the preservation of computer data. For the demand to be made, there must exist reasonable grounds to suspect that an offence has been or will be committed and that the computer data is in the person's possession or control and will assist in the investigation of the offence. The demand is temporary and expires after 21 days. A subsequent demand cannot be made to preserve the same data. The law ensures judicial oversight by stating that data cannot be obtained without a court order. Preservation has been the law in the U.S. since April 1996.³⁰

A production order is a judicial order requiring a person to produce a document in their possession or control or prepare and produce a document containing data in their possession or control. To be issued, the judge must be satisfied there are reasonable grounds to believe:

- (1) an offence has or will be committed;
- (2) documents or data will offer evidence respecting the commission of the offence; and
- (3) the person who is subject to the order has possession or control of the documents and/or data.

This proposed legislation should be approached with caution to ensure that it balances both individual privacy and the legitimate needs of law enforcement and national security. We need to ensure that limits are imposed on the use of these new powers such that they are minimally intrusive into the privacy of individuals. The use of effective judicial oversight is one way this can be done. Canadian Privacy Commissioners issued a joint statement in St-John's Newfoundland in September of this year calling upon Parliament to give close scrutiny to the legislative proposals in Bills C-46 and C-47 to guard against their possible overbreadth and potential misuse.³¹ Clear cases such as those related to child pornography and luring, where important criminal law enforcement activities can benefit from more intrusive information gathering techniques, should not be used as a foil to give law enforcement agencies carte blanche.

Any public policy debate that involves the Internet must include the issue of privacy and the legitimate privacy concerns that Canadians have. Madam Justice L'Heureux-Dubé commented

²⁹ Bill C-46, *Investigatory Powers for the 21st Century Act*, 2nd Sess., 40th Parl., 2009, online:

<<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4007628&Language=e&Mode=1>>.

³⁰ 18 U.S.C. 2703(f) requires an electronic communications service provider to "take all necessary steps to preserve records and other evidence in its possession pending the issuance of a court order or other process" upon "the request of a governmental entity."

³¹ "Protecting Privacy for Canadians in the 21st Century: Resolution of Canada's Privacy Commissioners and Privacy Enforcement Officials on Bills C-46 and C-47," (September 2009), online: Privacy Commissioner of Canada, <http://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2009/res_090910_e.cfm>.

in *R. v. Sharpe* on the act of striking a balance between the privacy of an individual and the protection of children from abuse:

We recognize that privacy is an important value underlying the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to liberty. However, the privacy of those who possess child pornography is not the only interest at stake in this appeal. The privacy interests of those children....are engaged by the fact that a permanent record of their sexual exploitation is produced.³²

Websites like Cybertip.ca also play a vital role in the protection of children online. Cybertip.ca is Canada's national tip line for reporting the online sexual exploitation of children. The tip line is owned and operated by the Canadian Centre for Child Protection. On average, Cybertip.ca receives more than 700 reports per month from the Canadian public. Reports to the tip line have resulted in at least 50 arrests and the removal of many children from abusive environments. Cybertip.ca also administers Cleanfeed Canada, an initiative involving the blocking of foreign-based child pornography websites containing images of prepubescent children. Since its launch in November 2006, Cleanfeed has blocked approximately 10,000 unique URLs. An appeal process exists for anyone who thinks that legal material has been blocked.

Currently, participation in blocking child pornography sites identified by Cybertip.ca is voluntary. Although all of the major ISP providers in Canada do participate, with the exception of Cogeco, every ISP in Canada should be obligated to participate in this effort. Therefore, the federal government should be encouraged to introduce legislation that would require all ISPs to block access to sites containing images of child pornography. The legislation should naturally also consider what parliamentary or judicial oversight may be required over the agency responsible for identifying such materials. However, a voluntary enforcement mechanism such as we now have where the eradication of child pornography is left as a social goal which those who, by the nature of the services they provide, unintentionally but directly facilitate its dissemination can adopt or not, is not a responsible approach. Nor is it consistent with the equal human dignity of Canadian children as guaranteed under international legal instruments.

As noted by Signy Arnason of the Canadian Centre for Child Protection, ISPs present just one piece of a very complicated puzzle and it is important not to exclusively single out the role of ISPs when there are numerous stakeholders with a role to play in protection children from online sexual exploitation. However, these types of amendments represent a very manageable access point to advocate for change.

Mandatory Reporting of Child Pornography

Another area of possible legislative amendment is to propose changes to provincial family services or equivalent legislation to require mandatory reporting of child pornography. This can

³² *Supra* at para. 189.

be done by expanding the existing legislation that currently requires all persons to report suspicions that a child is in need of protection. Enacting such legislation would bring Canada in line with other countries, like the United States and Australia which, under federal law, require ISPs to report the discovery of child sexual abuse images. The purpose of such a law is to minimize the hurdles that law enforcement are required to jump through when attempting to access information from Internet service providers.

The enactment of *The Child and Family Services Amendment Act (Child Pornography Report) (Manitoba)* made Manitoba the first province in Canada to enact legislation which makes it mandatory for a person who encounters child pornography to report it.³³

17(2) Without restricting the generality of subsection (1), a child is in need of protection where the child

...

(c) is abused or is in danger of being abused, including where the child is likely to suffer harm or injury due to child pornography;

...

Reporting a child in need of protection

18(1) Subject to subsection (1.1), where a person has information that leads the person reasonably to believe that a child is or might be in need of protection as provided in section 17, the person shall forthwith report the information to an agency or to a parent or guardian of the child.

Reporting child pornography

18(1.0.1) In addition to the duty to report under subsection (1), a person who reasonably believes that a representation, material or recording is, or might be, child pornography shall promptly report the information to a reporting entity.

Seeking out child pornography not required or authorized

18(1.0.2) Nothing in this section requires or authorizes a person to seek out child pornography.

Reporting to agency only

18(1.1) Where a person under subsection (1)

(a) does not know the identity of the parent or guardian of the child;

(b) has information that leads the person reasonably to believe that the parent or guardian

(i) is responsible for causing the child to be in need of protection, or

(ii) is unable or unwilling to provide adequate protection to the child in the circumstances; or

(c) has information that leads the person reasonably to believe that the child is or might be suffering abuse by a parent or guardian of the child or by a person having care, custody, control or charge of the child;

subsection (1) does not apply and the person shall forthwith report the information to an agency.

³³ *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8

Duty to report

18(2) Notwithstanding the provisions of any other Act, subsections (1) and (1.0.1) apply even where the person has acquired the information through the discharge of professional duties or within a confidential relationship, but nothing in this subsection abrogates any privilege that may exist because of the relationship between a solicitor and the solicitor's client.

Protection of informant

18.1(1) No action lies against a person for providing information in good faith and in compliance with section 18.

Identity of informant

18.1(2) Except as required in the course of judicial proceedings, or with the written consent of the informant, no person shall disclose

- (a) the identity of an informant under subsection 18(1) or (1.1)
 - (i) to the family of the child reported to be in need of protection, or
 - (ii) to the person who is believed to have caused the child to be in need of protection; or
- (b) the identity of an informant under subsection 18(1.0.1) to the person who possessed or accessed the representation, material or recording that is or might be child pornography.

Retaliation against informant prohibited

18.1(3) No person shall dismiss, suspend, demote, discipline, harass, interfere with or otherwise disadvantage an informant under section 18.

The amendment to the Manitoba *Child and Family Services Act* expanded the definition of child abuse to include child pornography. The law applies to all persons, including employers, computer technicians and Internet service providers. The Act states that the informant's identity is kept confidential except as required in judicial proceedings or by consent. The Act also protects informants who report child pornography from retaliation they could suffer. Those convicted of failing to report their reasonable suspicions of child pornography could face a hefty fine or up to two years in jail, or both.

Similar amendments requiring mandatory reporting of child pornography have been made in Ontario³⁴ as well as Nova Scotia,³⁵ although these laws are not yet in force in either province. The goals of mandatory reporting are clear: to save children from ongoing sexual abuse and to reduce the production, reproduction and distribution of child pornography. These law reform initiatives rely on the *Criminal Code of Canada's* definition of child pornography,³⁶ which moves us towards a national standard on which to measure what material constitutes child

³⁴ *An Act to Amend the Child and Family Services Act to Protect Ontario's Children*. Assented to December 10, 2008. http://www.e-laws.gov.on.ca/html/source/statutes/english/2008/elaws_src_s08021_e.htm.

³⁵ *Child Pornography Report Act*, S.N.S. 2008, C. 35. Assented to November 25, 2008. <http://gov.ns.ca/legislature/legc/~sol.htm>

³⁶ *Criminal Code of Canada*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163.1.

pornography. Such legislative reform reinforces the rights of children to be free from sexual exploitation and abuse.

Safeguarding against the distribution of prohibited Internet sites

If Canada moves legislatively towards mandatory requirements on ISPs to retain and disclose personal information in accordance with law enforcement requests and mandatory reporting requirements on individuals who encounter child pornography, a key consideration will be to ensure that information about child pornography websites, images and videos, and child sexual abuse victims be protected from use and disclosure except in the strictest of circumstances. Lists of URLs that contain child pornographic images, repositories for child sexual abuse images and recordings, and the identity of the victims of child pornography collected in pursuit of law enforcement purposes must be carefully safeguarded. Additional private sector privacy legislative provisions may be an option to create stricter safeguards of this highly sensitive information held by non-governmental organizations that work with law enforcement and ISPs holding lists of child pornography websites and content. In a similar vein, the Federal Ombudsman for Victims of Crime has recently recommended an amendment to the *Criminal Code* to ensure that child sexual abuse material is not disclosed to defence counsel and that other opportunities for proper review of evidence be made available.³⁷

Children's Privacy as a Human Right

The Working Group has recognized the importance of taking the privacy rights and media rights guaranteed under the Convention on the Rights of the Child seriously. By using a human rights approach and recognizing the fundamental or quasi-constitutional nature of children's privacy rights, the harms outlined above and the means to address them can be placed in proper perspective. Framing the discussion in terms of privacy as a quasi-constitutional and human right compels any opposition to demonstrate why children's privacy rights do not outweigh other considerations, such as the industrial benefits sought by online applications and content developers or protecting the freedom of commercial expression.

The difficulty, however, lies in defending the constitutional nature of the rights in question. On the one hand, the international legal guarantees binding on Canada are clear both in terms of the privacy rights guaranteed under Article 17 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the more specific provisions relating to child privacy in Article 16 of the *Convention on the Rights of the Child*. The Supreme Court of Canada has also recognized the quasi-constitutional status of access to information and privacy statutes in Canada. However, whether this extends to PIPEDA is unclear. Despite PIPEDA's fairly straightforward purpose clause, the interpretive principles normally applicable in Canada to human rights statutes were given short shrift by the highest court when the privacy interests protected under the statute

³⁷ Office of the Federal Ombudsman for Victims of Crime, "Every Image, Every Child: Internet-Facilitated Child Sexual Abuse in Canada," (2009), online: Office of the Federal Ombudsman for Victims of Crime: <http://www.victimfirst.gc.ca/pub/rep-rap/childp-pjuvenile/ovc_eng.pdf>.

clashed with hallowed common law rights such as those governing solicitor-client privilege.³⁸ The Canadian Charter itself has no privacy guarantee and the Court has had to reverse engineer the right from the modest protection against unreasonable search and seizure in section 8 and section 7 guarantees to life, liberty and security of the person.³⁹ The privacy provisions of the *Canadian Human Rights Act* were repealed when the *Privacy Act* was adopted and the human rights value of privacy rights has been open to question since. Parliamentary privacy commissioners have often recommended constitutional change to entrench the right in the Canadian constitution, but there is very little appetite for such an undertaking.

What then can be done to require Canadians and others subject to our jurisdiction to take children's privacy rights seriously?

One idea canvassed in Fredericton which may have some traction and is a possible area for consensus building is to focus narrowly on the task at hand. Constitutional amendments in Canada cannot be sought by the faint of heart, a great deal of stamina and political will has to be mustered in order to support change of that nature. The consensus can be built however in stages looking first to the areas of broadest consensus. The need to protect children's privacy in the 21st century is no doubt a topic upon which the broadest consensus of opinion in Canada may be found. Short of constitutional change of the kind described above, the most practical way forward to build towards revised foundational norms in Canada is to perfect the area of human rights laws which our courts have qualified as quasi-constitutional.

In June of this year, a private member's bill was tabled in Parliament calling for the creation of a Children's Commissioner for Canada.⁴⁰ The UN Committee on the Rights of the Child has been promoting the creation of such national institutions as the best means possible of entrenching the guarantees of the Convention within domestic and national laws. This initiative would be consistent with Article 4 of the CRC, which requires that a signatory do all that it can to ensure that it is compliant with the Convention. A recent Senate study found that despite Canada's ratification of the CRC, it has been "effectively marginalized when it comes to its direct impact on children's lives."⁴¹ The Committee on the Rights of the Child has specifically called for such a position to be created in Canada.⁴² Canada could show leadership by creating a Children's Commissioner for Canada and adopting by reference as part of the Commissioner's constituent

³⁸ Privacy Commissioner of Canada v. Blood Tribe [2008] 2 S.C.R. 574

³⁹ *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417 at para. 17. Laforest J.'s oft-quoted passage reads as follows: "Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order."

⁴⁰ Marc Garneau. A national Children's Commissioner for Canada. June 11, 2009:

<http://www.marcgarneau.ca/en/latestnews.aspx?id=823>.

⁴¹ Canada, Standing Senate Committee on Human Rights. "Children: The Silenced Citizens: Effective Implementation of Canada's International Obligations with Respect to the Rights of Children" (2007), online: Standing Committee on Human Rights <http://www.parl.gc.ca/39/1/parlbus/commbus/senate/com-e/huma-e/rep-e/rep10apr07-e.htm>

⁴² Committee on the Rights of the Child. "The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Protection and Promotion of the Rights of the Child." 15/11/2002:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2002.2.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2002.2.En?OpenDocument).

statute the rights set out under the Convention including the privacy rights guarantees set out in Article 16 of the Convention. The Commissioner could also be given specific enforcement powers with respect to these provisions given the prevalence of privacy concerns to Canadian children today.

Establishing a position such as this in Canada is effectively the difference between simply handling complaints reactively and proactively advocating for the rights of children and ensuring compliance with CRC. A national children's commissioner with broad human rights powers would be able to ensure that advertisers and commercial game developers be held accountable through a domestic human rights remedy.

Alternatively, provincial legislatures could consider expanding the scope of existing human rights legislation to encompass not only non-discrimination rights but other fundamental rights such as privacy. Provincial legislatures might also consider giving information and privacy commissioners the powers necessary to enforce broad human rights remedies in relation to privacy violations. Children's privacy rights are particularly unlikely to be enforceable before civil courts: the age of the victims, their means, their capacity, the nature of the harm suffered and the value which society and sometimes that which youth themselves place upon it all conspire against this. However, with the advent of social networking it is particularly likely that the privacy interests of adolescents will be at increased risk due to sexting, cyber-bullying or defamatory messages. The cost in terms of resilience, self-esteem, quality of life and productivity may have far-reaching societal consequences if these concerns are not adequately addressed. Ensuring that accessible, enforceable and timely remedies exist to guard against this type of conduct would be a responsible legislative safeguard. Clearly educational and promotional campaigns to these same ends must continue, but stronger laws are needed now to reinforce the view that children's rights are taken seriously.

Conclusion

The time is ripe for action to protect children's online privacy. November 20th, 2009 marks the 20th anniversary of the Convention on the Rights of the Child and would be the ideal time for Canadian law-makers to take the lead in promoting law reform initiatives to strengthen children's privacy at home. The exploitation of children's online privacy is an issue that cannot be ignored; action by way of legislative reform is needed.

This paper has explored some of the possible amendments that can be made to existing legislative instruments to better protect the online privacy of children. Its objective is to stimulate discussion among interested legislative oversight bodies and among Canadians in general in accordance with the view that many voices acting in unison will be more effective in promoting the required changes.

The ongoing cycle of *PIPEDA* reviews or of substantially similar legislation at the provincial level provides an opportunity to exert influence to ensure the legislation is amended in a manner

that will make it more effective in protecting children's online privacy. *PIPEDA* could be amended to include clear consent rules for the collection, use and disclosure of children's privacy information. The development of non-commercialized online play spaces should be encouraged. Laws are needed either at the provincial or federal level to prohibit both embedded advertising in websites geared toward children and marketing efforts which are targeted to children. Quebec's consumer protection laws hold some promise in this respect, but could be updated in the information age and copied in other Canadian jurisdictions.

We also have an opportunity to help dedicated law enforcement professionals more effectively find child pornography offenders by encouraging the enactment of legislative instruments that would require ISPs to assist in child pornography law enforcement. Finally, we have the opportunity to identify more of these offenders by introducing legislation requiring mandatory reporting of encounters with child pornography. Striking the appropriate balance between the privacy rights of ISP clients and the privacy interests of children compromised by pornographers will require careful consideration, but joint advisory efforts by privacy commissioners and child and youth advocates are most likely to provide a solid basis for consensus solutions in this respect.

Aside from legislative change, we have to ensure that the laws we currently have in place to protect children's privacy are properly adhered to. For example, the Privacy Commissioner of Canada recently found the social networking site Facebook to be in violation of Canadian privacy laws.⁴³ The complaint against Facebook related to the company's unnecessary and non-consensual collection and use of personal information. The Commissioner found that the company did not alert users about how that information was being used and did not adequately destroy user data after accounts were closed. Moving forward, the focus must be on working with the tools in place to protect children's online privacy and simultaneously seeking improvements to fill the gaps that will inevitably present themselves as technology and society continue to evolve.

Given the domestic prevalence of the Internet in children and young people's lives, parents should not be solely charged with the responsibility to regulate children's online privacy. Legislative amendments, along with strong public awareness and educational campaigns, will better protect their online privacy and make the Internet a safer place for children.

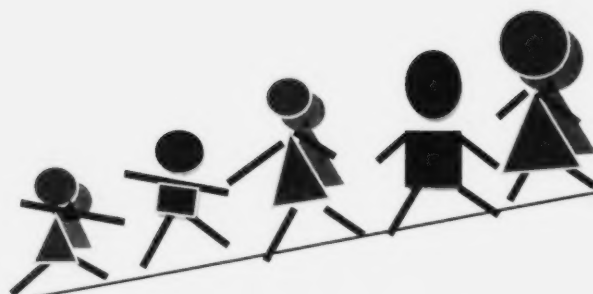
⁴³ Information Commissioner of Canada, *PIPEDA Case Summary #2009-008*, online: <http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2009/2009_008_0716_e.cfm>.

Appendix I - Summary of Legislative Reform Proposals

Reform Proposal	Mechanism(s)	Existing models
1. Limit/prohibit online collection of children's personal identifying and non-identifying information through commercial websites	<ul style="list-style-type: none"> • New federal legislation specific to children's online privacy • Amendments to existing federal PIPEDA • Provincial amendments to substantially similar private sector legislation 	<i>Children's Online Privacy Protection Act (U.S.)</i>
2. Limit/prohibit advertising directed at children under the age of 13	<ul style="list-style-type: none"> • Federal <i>Competition Act</i> amendments • provincial consumer protection legislation 	<i>Consumer Protection Act (Quebec)</i>
3. Prohibit embedded advertising in children's online game and play spaces	<ul style="list-style-type: none"> • Federal <i>Competition Act</i> amendments • provincial consumer protection legislation 	<i>Consumer Protection Act (Quebec)</i>
4. Require ISPs to retain customer data to assist with law enforcement activities	Federal legislation as ISPs fall under federal jurisdiction as telecommunications entities	<i>Proposed Technical Assistance for Law Enforcement in the 21st Century Act (Bill C-47)</i>
5. Require ISPs to disclose customer personal information for the purpose of law enforcement activities	Federal legislation as ISPs fall under federal jurisdiction as telecommunications entities	<i>Proposed Investigatory Powers for the 21st Century Act (Bill C-46)</i>
6. Require ISPs to block access to sites containing images of child pornography	Federal legislation as ISPs fall under federal jurisdiction as telecommunications entities	Cybertip.ca

7. Mandatory reporting of child pornography for all persons (including ISPs)	Amendments to provincial child and family services legislation or separate provincial legislation	<p>Manitoba <i>Child and Family Services Act</i>, s. 18 (in force as of April 2009)</p> <p>Ontario <i>Child and Family Services Act</i> amendment (not yet in force)</p> <p>Nova Scotia <i>Child Pornography Report Act</i> (not yet in force)</p>
8. Prevent child sexual abuse materials from being disclosed to defence counsel during criminal proceedings	Amendment to <i>Criminal Code of Canada</i>	
9. Enshrine children's right to privacy	<ul style="list-style-type: none"> • Constitutional amendment to enshrine privacy rights in Charter • A Children's Privacy Rights Charter • Children's Commissioner's for Canada with power to enforce Convention rights including privacy • Provincial amendments to human rights codes to include privacy rights • Provincial Commissioners given human rights tribunal remedial powers to protect privacy 	





IL DEVRAIT Y AVOIR UNE LOI:

LES SAUTS PÉRILLEUX DE LA VIE PRIVÉE DES ENFANTS AU 21^E SIÈCLE

Un document de réflexion à l'intention des Canadiens du Groupe de travail des commissaires à la vie privée et des défenseurs canadiens des enfants et des jeunes sur la protection des renseignements personnels des enfants en ligne
Le 19 novembre 2009

Statutory Offices participating in the Working Group:

Agents Parlementaires et statutaires participant au Groupe de travail:

New Brunswick Child and Youth Advocate/ Défenseur des enfants et de la jeunesse du Nouveau-Brunswick

Privacy Commissioner of Canada/ Commissaire à la vie privée du Canada

British Columbia Representative for Children and Youth

Alberta Child and Youth Advocate

Commission d'accès à l'information du Québec

Nova Scotia Ombudsman's Child and Youth Services Unit

Newfoundland and Labrador Information and Privacy Commissioner's Office

Contenu

Remerciements	3
Introduction	4
Le Groupe de travail.....	6
Le droit à la vie privée d'un enfant et les risques en ligne	7
Dangers possibles : Exploitation commerciale des enfants en ligne	7
Dangers possibles : Exploitation sexuelle des enfants en ligne	9
Dangers possibles : Atteinte à la vie privée en ligne	12
Options de réforme législative.....	13
Loi spécialisée visant à protéger les renseignements personnels des enfants en ligne : Le modèle de la COPPA des États-Unis	13
Loi générale interdisant le marketing destiné aux mineurs	14
Le modèle de protection des consommateurs du Québec.....	14
Interdire la commercialisation des espaces de jeux virtuels des enfants	15
Espaces de jeux virtuels à caractère non commercial	16
Réforme de la LPRPDE	17
Exigences relatives aux fournisseurs de services Internet.....	18
Signalement obligatoire de la pornographie juvénile.....	21
Offrir une protection contre la distribution des sites Internet interdits	24
Le droit à la vie privée des enfants comme droit de la personne.....	24
Conclusion.....	27
Annexe I – Sommaire des propositions de réforme législative	29

Remerciements

En tant qu'enfant, qui n'a pas entendu l'histoire des enfants tentés de s'enfuir avec les gens du cirque. Chez chaque enfant l'attrait de l'aventure et de la gloire est très fort. Aujourd'hui, il existe un grand monde virtuel d'aventure qui invite nos enfants et présente des risques pour leur vie privée, leur sécurité et leur développement sain. En janvier 2009, un groupe de travail composé de défenseurs des enfants et de la jeunesse ainsi que de commissaires à l'information et à la protection de la vie privée a été créé pour entamer un dialogue et lancer un débat public sur les paramètres législatifs qui peuvent et doivent aider les parents à naviguer sur l'internet et à s'assurer que leurs enfants ont accès à tous les avantages possibles de cet outil sans risque inacceptable pour leur vie privée ou leur sécurité.

Cette collaboration entre divers bureaux s'occupant des droits des enfants est de bonne augure à mon avis pour améliorer le respect des droits garantis dans la *Convention relative aux droits de l'enfant* au Canada. Le principal objectif du groupe de travail, qui est la production d'un document de travail visant à renseigner le public sur le besoin d'une réforme des lois dans le domaine de la protection de la vie privée des enfants, était à la fois modeste et réaliste. Toutefois, il aurait été impossible d'atteindre cet objectif sans une vaste collaboration et contribution de plusieurs intervenants.

Je tiens d'abord à remercier les nombreux membres du groupe de travail qui ont participé à diverses étapes du processus, y compris Diane Aldridge du bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Saskatchewan, Kasia Krzymien du Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, Fakhri Gharbi, de la Commission de l'accès à l'information du Québec, et Suzanne Hollett du bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de Terre-Neuve-Labrador. J'aimerais souligner la contribution de membres du Conseil canadien des organismes provinciaux de défense des droits des enfants et des jeunes comme John Greschner, du bureau de la Représentante des enfants et de la jeunesse de la Colombie-Britannique, John Mould, le défenseur des enfants et de la jeunesse de l'Alberta, et Christine Brennan, coordonnatrice des services aux enfants et aux jeunes du bureau de l'ombudsman de la Nouvelle-Écosse. Je remercie sincèrement les experts et autres qui ont participé aux réunions du groupe de travail et fait des présentations à notre symposium qui a eu lieu à Fredericton en mai dernier, notamment : Valerie Steeves, professeure à l'Université d'Ottawa; John Lawford, Centre de recherche sur l'intérêt public; Parry Aftab, avocat de New York défendant les droits des enfants relativement à l'internet; Signy Arnason, du Canadian Centre for Child Protection à Winnipeg; Paul Gillespie, de la Kids Internet Safety Alliance; Jason Doiron, de la Fédération des jeunes francophones du Nouveau-Brunswick. Leurs contributions se retrouvent dans ce rapport préparé par plusieurs membres du personnel de mon bureau dont Christian Whalen, notre conseiller juridique qui a présidé le groupe de travail, Jessica West et Kara Patterson qui ont dirigé la rédaction du texte qui suit, mais qui ont aussi obtenu beaucoup d'aide de Jennifer Murray, Ben Reentovich, Maria Montgomery et Janel Guthrie.

Enfin, je veux mentionner l'appui et les encouragements que j'ai reçus pour ce travail de mes homologues au niveau national et provincial, à la fois les Défenseur des enfants et des jeunes et les Commissaires à l'information et à la protection de la vie privée. Ce rapport portera des fruits en relation directe avec l'usage que mes homologues pourront en faire dans leur propre province. Je suis très reconnaissant pour cela également.

Bernard Richard

Ombudsman et défenseur des enfants et de la jeunesse

Introduction

On entend par respect de la vie privée la capacité d'un particulier ou d'un groupe de s'isoler ou d'isoler des renseignements à son sujet, et de se révéler ainsi de façon sélective. Les limites et le contenu de ce qui est privé varient selon les cultures et les particuliers.

Les formes de protection et de violation de la vie privée ont suivi les avancées de la technologie. La capacité accrue de recueillir des renseignements dans un environnement réseauté a contribué à l'apparition de nouveaux moyens de porter atteinte à la vie privée. L'adaptation des lois relatives à la protection des renseignements personnels s'impose donc pour tenir compte des changements technologiques afin de régler ces questions et de maintenir le droit des gens à la vie privée, notamment la capacité de contrôler les renseignements que l'on révèle à son sujet sur les réseaux et de contrôler qui peut accéder à ces renseignements.

La protection des renseignements personnels est importante pour les enfants parce qu'elle leur permet de contrôler la quantité de renseignements personnels qu'ils révèlent à leur sujet et quand ils le font. C'est un facteur important dans le développement naturel des enfants, car la protection des renseignements personnels est liée à la formation de l'identité et à la capacité de nouer des relations saines avec les autres.

Les enfants d'aujourd'hui vivent dans un monde branché, ce qui complique grandement la protection des renseignements personnels. Les enfants canadiens sont parmi les plus branchés du monde. Au Canada, toutes les écoles publiques sont branchées à Internet depuis 1997. En 2003, près de 75 % des ménages ayant des enfants étaient branchés à Internet.¹ Aujourd'hui, les numéros résidentiels ont un accès quasi universel, avec une pénétration comparable à celle de la câblodistribution et du téléphone.

Au début, on souhaitait brancher les enfants parce qu'on croyait que cela les aiderait à acquérir des compétences qui leur seraient utiles dans leur recherche d'emploi, mais Internet joue souvent un rôle différent puisque les enfants l'utilisent surtout comme outil de réseautage social. Les programmes de réseautage social comme MSN Messenger, Facebook et YouTube ont des millions d'utilisateurs dans le monde entier, dont bon nombre sont des enfants et des adolescents. Les Canadiens se classent au premier rang dans le monde pour l'adoption de ces technologies par habitant, et les jeunes Canadiens continuent de demeurer en tête du peloton par une très grande marge.

Combinés à ce potentiel incroyable, Internet et ses dispositifs de plus en plus portables peuvent présenter de nombreux risques aux enfants et aux adolescents s'ils sont utilisés à mauvais escient, par exemple, à cause de la cyberintimidation, de l'appropriation, des atteintes à la vie privée ou d'une exposition à un contenu préjudiciable (pornographie, racisme, etc.). Internet a

¹ STATISTIQUE CANADA. *Enquête sur l'utilisation de l'Internet par les ménages, 2003* (le 8 juillet 2004), <<http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/040708/dq040708a-fra.htm>>.

aussi favorisé une explosion de l'exploitation des enfants en ligne, ce qui soulève d'autres préoccupations liées au droit à la vie privée pour les enfants qui sont représentés dans les séquences d'exploitation sexuelle diffusées sur Internet. L'exploitation commerciale en ligne et l'exploitation sexuelle des enfants en ligne sont foncièrement différentes de par leur nature et les préjudices que chacune pose aux enfants. Toutefois, ces deux formes d'exploitation sur Internet représentent une violation manifeste du droit à la vie privée des enfants.

Diverses initiatives pour lutter contre l'exploitation des enfants en ligne ont été lancées, dont le Centre canadien de protection de l'enfance (« CCPE »), organisme de bienfaisance voué à la sécurité personnelle des enfants. En 2002, le CCPE a établi Cyberaide.ca, un service national de signalement d'enfants exploités sexuellement sur Internet.² Le gouvernement fédéral a lancé également une stratégie nationale avec la Gendarmerie royale du Canada en 2004 qui a comporté la création du Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants.³ Ces initiatives ciblent de façon louable la prolifération de l'exploitation sexuelle des enfants en ligne, il reste beaucoup à accomplir afin de s'attaquer aux atteintes au droit à la vie privée auxquelles sont soumises les victimes.

L'exploitation commerciale des enfants en ligne a retenu moins d'attention, et les commissaires à la vie privée et les autorités de protection des données ont été parmi les premiers à se soucier des risques qui s'y rattachent. En juin 2008, les commissaires à la vie privée au Canada ont établi la résolution de Regina,⁴ une approche axée sur l'éducation qui encourageait la collaboration et le partenariat entre les commissaires, les gouvernements, l'industrie et les organismes pour améliorer la protection des renseignements personnels des enfants en ligne. Ils ont accepté de travailler ensemble pour mettre en œuvre des activités d'éducation publique afin de sensibiliser davantage les enfants et les jeunes aux risques relatifs à la protection des renseignements personnels inhérents à leurs activités en ligne.

À l'automne 2008, la résolution de Strasbourg a été énoncée à l'occasion de la 30^e Conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée.⁵ La résolution encourageait les pays à travailler entre eux et à consacrer des efforts et des ressources à la protection des renseignements personnels des enfants en ligne dans leurs pays respectifs. On reconnaît que, bien que de nombreux jeunes soient conscients des risques liés à leurs activités en ligne, ils ne possèdent pas l'expérience, les connaissances techniques ou les outils nécessaires pour atténuer ces risques.

² Cyberaide.ca : <<http://www.cyberaide.ca>>.

³ CENTRE NATIONAL DE COORDINATION CONTRE L'EXPLOITATION DES ENFANTS, sur Internet : Gendarmerie royale du Canada : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ncecc-cncee/>>.

⁴ La vie privée des enfants en ligne : Résolution des commissaires à la protection de la vie privée et responsables de la surveillance de la protection de la vie privée du Canada, sur Internet : Commissaire à la protection de la vie privée du Canada : <http://www.priv.gc.ca/media/nr-c/2008/res_080604_f.cfm>.

⁵ Résolution sur la vie privée des enfants en ligne, sur Internet : 30^e Conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée :

<http://www.privacyconference2008.org/adopted_resolutions/STRASBOURG2008/resolution_child_privacy_fr.pdf>.

Le Groupe de travail

Les résolutions de Regina et de Strasbourg visaient toutes deux à mieux nous sensibiliser et à sensibiliser davantage les jeunes et leurs parents au sujet de la protection des renseignements personnels en ligne. La sensibilisation et l'éducation du public aideront, mais il nous faut également des lois plus vigoureuses. Le Groupe de travail sur la protection des renseignements personnels des enfants en ligne s'est affairé à déterminer et à concevoir de nouvelles normes législatives pour mieux protéger la vie privée des enfants en ligne.

Le Groupe de travail sur la protection des renseignements personnels des enfants en ligne a commencé son travail en janvier 2009 sur l'initiative des défenseurs des enfants et des jeunes et des commissaires à la vie privée de différentes provinces au Canada. Formé d'un nombre représentatif de commissaires et de défenseurs de partout au pays, le Groupe de travail s'est penché sur la question de la protection des renseignements personnels des enfants en ligne selon deux points de vue, soit la commercialisation de l'espace virtuel destiné aux enfants, dont la publicité qui s'adresse directement aux enfants, et l'utilisation de cet espace virtuel afin d'entreprendre l'exploration des données à des fins commerciales, et de protéger les enfants contre les dangers d'Internet, dont la pornographie juvénile, l'exploitation et la cyberprédation. Le Groupe de travail a examiné également les nouveaux risques à la vie privée des enfants par l'utilisation malveillante des sites de réseautage social, la cyberintimidation, le « sexting » et la diffamation en ligne.

Le Groupe de travail avait pour objectif principal de produire le présent document de réflexion dont l'ébauche a été présentée à l'assemblée annuelle du Conseil canadien des organismes provinciaux de défense des droits des enfants et des jeunes (« CCOPDDEJ ») et au sommet des commissaires à l'information (« les commissaires ») en septembre. Il a recueilli les commentaires émanant de ces forums pour publier un document de réflexion révisé en prévision de la Journée nationale de l'enfant, le 20 novembre 2009, qui marque cette année le 20^e anniversaire de la signature de la Convention relative aux droits de l'enfant des Nations Unies.

Le Groupe de travail a été formé à la fin de l'automne 2008. Au cours du premier semestre de 2009, pour donner suite aux présentations du professeur Valerie Steeves à Regina et à Ottawa aux assemblées annuelles des commissaires et des défenseurs. Les bureaux des défenseurs de la Nouvelle-Écosse, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique ont participé au Groupe de travail, à l'instar des bureaux des commissaires à Saskatchewan, Ottawa, Québec et Terre-Neuve-et-Labrador. Le Bureau de l'ombudsman et du défenseur des enfants et de la jeunesse du Nouveau-Brunswick, un organisme commun des deux forums, a présidé le Groupe de travail. Divers grands chercheurs dans le domaine de la protection des renseignements personnels des enfants en ligne ont participé et ont assisté aux délibérations du Groupe de travail. Après quelques conférences téléphoniques au début de 2009, la mise en commun des pratiques exemplaires sur le plan législatif et la conception d'un plan d'action, le Groupe de travail s'est réuni à l'occasion d'un atelier de deux jours à Fredericton (Nouveau-Brunswick). Le présent document résume et expose quelques-unes des dispositions législatives débattues lors

de cet atelier, comme options relatives à une étude plus approfondie et à la réforme législative. La discussion à Fredericton s'est surtout attardée à délimiter les préjudices et à déterminer si des normes constitutionnelles, réglementaires ou sociales permettraient de s'attaquer à ces questions avec plus d'efficacité. Avant d'examiner de plus près les modèles législatifs actuels et proposés, nous vous présentons un sommaire de la discussion sur les préjudices en question.

Le droit à la vie privée d'un enfant et les risques en ligne

Dangers possibles : Exploitation commerciale des enfants en ligne

Les enfants voient Internet comme un endroit pour jouer et socialiser, et la grande majorité de leurs activités se déroulent sur des sites commerciaux qui sont conçus pour faire de l'argent. Le préjudice causé par la commercialisation de l'espace virtuel n'est pas clair à première vue. Les enfants sont leurrés par des jeux, des concours, ainsi que par la possibilité de communiquer avec leurs amis sur ces sites Web. Ces sites recueillent des renseignements de marketing auprès de leurs utilisateurs à partir des données qu'ils fournissent lorsqu'ils participent à des mini-questionnaires ou à des jeux en ligne qui enregistrent ce qui leur plaît et déplaît. Ces renseignements sont ensuite utilisés pour sélectionner les produits à annoncer aux enfants qui cadrent parfaitement avec les préférences qu'ils ont exprimées. On se retrouve avec une sorte de tri social découlant de la trop grande influence que les grandes sociétés exercent sur les espaces de jeux des enfants et des jeunes. Cette combinaison intégrée de contenu à caractère commercial, de divertissement et de jeu sur les sites pour enfants offre également la possibilité de déguiser le marketing comme autonomisation. Ce qui en a transpiré – la collecte et l'utilisation sans restrictions des renseignements personnels des enfants sans délimiter clairement les possibilités d'utilisation, de conservation ou de transfert des données – est des plus inquiétant.

Le contenu de nature commerciale est intégré non seulement dans les espaces virtuels, mais également dans relations virtuelles qui sont à l'œuvre pour assimiler les marques à l'identité d'un enfant. Des sites Web comme Barbie.com ne se concentrent pas autant sur la collecte de données de marketing. Ils encouragent plutôt les enfants à acheter leur produit en établissant une relation personnalisée entre l'enfant et le produit, lequel est personnifié d'une manière adaptée à l'enfant. Par exemple, l'enfant pourrait être capable de communiquer directement avec Barbie. En l'amenant à s'identifier à un produit, l'entreprise est mieux en mesure d'obtenir la participation de l'enfant et de faire de lui un consommateur loyal dès un jeune âge.

On pourrait conclure que cette forme de marketing constitue une atteinte à la vie privée si l'entreprise pénètre les espaces privés de l'enfant et extrait des données à des fins instrumentales en manipulant l'enfant par des moyens de communication. Par exemple, l'enfant serait vu non pas comme un consommateur en train de s'entretenir avec un vendeur, mais plutôt comme un ami en train parler à un autre 'ami.' La valeur de la vie privée par le passé résidait en partie dans la limitation qu'elle imposait à la distribution des jugements enregistrés au sujet des particuliers, qui étaient donc libres de rechercher la réalisation de soi dans un environnement ouvert. Aujourd'hui, à l'insu de l'utilisateur, les renseignements sont

enregistrés et les jugements sont exploités au détriment de l'utilisateur pour établir le profil de ses préférences.

Les jeunes enfants ne peuvent généralement pas distinguer le contenu en ligne de la publicité et ne comprennent pas les conséquences de communiquer leurs renseignements personnels à des agences de marketing. Entre autres dispositions, la Convention relative aux droits de l'enfant prévoit un droit à la vie privée de l'enfant (article 16). Cependant, elle reconnaît également le rôle important que les médias jouent dans la vie des enfants (article 17) et que chaque enfant devrait être libre de rechercher des idées par tout moyen de son choix (article 13). Ces dispositions vont au-delà des questions d'accès et cherchent à garantir que les médias favoriseront le bien-être social et moral de l'enfant.

L'accès à Internet joue maintenant un grand rôle dans le développement des enfants et des adolescents. Les enfants plus vieux sont portés à utiliser Internet pour s'affranchir de leurs parents et de leurs familles, pour communiquer avec leurs amis, pour essayer de nouvelles identités et pour exercer leur liberté d'expression en formulant leurs opinions. De nombreux adolescents voient les outils de réseautage social comme un moyen de maintenir une distance sûre entre eux et leur interlocuteur, ce qui leur permet de réfléchir davantage à ce qu'ils vont dire et d'éviter les situations embarrassantes qui se produiraient au téléphone ou dans un entretien individuel.

En outre, à mesure que la technologie poursuit son expansion, il ne faut pas oublier que l'accès à Internet ne se limite pas à la disponibilité par la voie des ordinateurs. La plupart des téléphones cellulaires aujourd'hui offrent un tel accès. De plus, étant donné qu'ils sont compacts et portables, ils offrent la capacité de rester branché avec le monde extérieur à tout moment. La dernière génération de téléphones cellulaires, les téléphones intelligents, continue de gagner en popularité, et de nombreux forfaits cellulaires offrent un accès illimité aux sites Web de réseautage à la mode pour que les enfants et les jeunes restent constamment branchés à ces sites.

Ces formes de marketing ciblées sur les enfants dépendent beaucoup de l'extraction de renseignements personnels afin de promouvoir les intérêts commerciaux de la compagnie, qui réalise des bénéfices financiers considérables aux dépens de la dignité, de l'autonomie et du droit à la vie privée des enfants.

Les avancées dans la technologie de la téléphonie cellulaire et l'usage répandu des téléphones cellulaires chez les enfants et les adolescents ont favorisé l'apparition de nouvelles formes d'interaction sociale, dont certaines sont troublantes. Les téléphones cellulaires, maintenant à caméra intégrée, sont capables de transmettre des photographies, des vidéos et des messages créés par l'utilisateur. Or, une tendance inquiétante se dessine : certains jeunes sont portés de plus en plus à envoyer des photos, des vidéos et des messages à caractère sexuel explicite sur leurs téléphones cellulaires. Cette tendance, qui porte le nom de « sexting », est inquiétante, car elle présente un danger social. En effet, le matériel transmis en privé par l'auteur peut facilement être diffusé à une grande échelle, ce qui échappe à la volonté de l'expéditeur. Ce

phénomène soulève aussi des questions intéressantes sur les rapports entre la vie privée, la technologie et la manière dont les médias représentent la jeunesse.

Aux États-Unis, des accusations de pornographie juvénile ont été portées au criminel contre des adolescents qui avaient transmis des photographies sexuellement explicites à d'autres. Cependant, des États comme le Vermont ont jugé que ce n'est pas le bon moyen de s'attaquer au problème. Au lieu de passer des lois sévères visant à punir les auteurs d'actes de pornographie juvénile, ils ont présenté un projet de loi visant à légaliser l'échange consensuel d'images graphiques entre deux personnes âgées de 13 à 18 ans.⁶ La transmission de tels messages à des tiers continue de constituer un acte criminel.

Les espaces de jeux virtuels sont maintenant une réalité omniprésente dans la vie des enfants, et il faut se concentrer davantage sur la façon dont les enfants et les jeunes accèdent à Internet et sur ce qu'il advient aux données recueillies par des tiers. Dans les deux cas, des atteintes sérieuses au droit à la vie privée de l'enfant sont commises, et une plus forte garantie du droit à la vie privée de l'enfant pourrait offrir le meilleur cadre d'analyse pour s'attaquer à ces nouveaux problèmes sociaux à l'ère de l'information.

Dangers possibles : Exploitation sexuelle des enfants en ligne

L'exploitation sexuelle des enfants est une violation flagrante de leur droit au respect de leur dignité humaine et de leur intégrité physique et mentale. Pour que les États s'acquittent de leurs obligations au chapitre des droits de la personne en vertu du droit international, les enfants doivent bénéficier d'une protection efficace contre toutes les formes d'exploitation sexuelle. La Convention relative aux droits de l'enfant proclame que tous les enfants sont des titulaires à part entière de droits de la personne et des acteurs habilités dans la réalisation de leurs droits. Elle comprend des droits explicites à la protection contre toutes les formes de violence et d'exploitation, dont l'exploitation sexuelle.

L'utilisation répandue d'Internet a grandement contribué à l'exploitation sexuelle des enfants par des médias électroniques, en plus de la faciliter. Pendant que la technologie progresse à une vitesse époustouflante, l'application de la loi n'a pas réussi à soutenir le rythme de croissance des activités criminelles facilitées par Internet. Les agresseurs sexuels et les prédateurs d'enfants jouissent d'une possibilité et d'une facilité plus grandes d'accéder aux enfants par la voie de moyens de communication en ligne qui ne cessent de se multiplier — le courrier électronique, les logiciels de bavardage instantanés comme MSN Messenger, les sites de jeux interactifs qui offrent la possibilité de bavarder, et les sites Web de réseautage social comme Facebook, parmi tant d'autres. En outre, les dispositifs électroniques et Internet ont grandement facilité la distribution, sinon la production, de pornographie juvénile, ce qui soulève dans chaque cas des préoccupations particulières liées à la vie privée des enfants.

⁶ *An Act Relating to Expanding the Sex Offender Registry*, VT LEG 247571.1 (2009) Sec. 4. 13 V.S.A. § 2802b.

Les cyberprédateurs profitent des enfants qui échangent des renseignements personnels à leur sujet sur Internet. À partir des renseignements personnels qu'un enfant a affichés en ligne, ils établissent une « relation spéciale » avec l'enfant et se mettent graduellement à parler de sujets de nature sexuelle, ce qui peut comporter l'échange de matériel pornographique en ligne, dans le cadre du processus d'apprivoisement. Durant ces conversations, le prédateur ne tardera pas à insister auprès de l'enfant pour le rencontrer, dans le but précis ou prévu de se livrer à une activité sexuelle avec ce dernier. La question de la cyberprédation ou du leurre a plus d'impact sur les adolescents qui sont ainsi exposés à des prédateurs possibles lorsqu'ils se branchent à l'univers virtuel. En outre, il est prouvé que l'exposition à un contenu sexuel est une des étapes de l'apprivoisement d'un jeune en vue d'une agression. Le problème se complique encore dans un monde où les médias grand public érotisent de plus en plus enfants et adolescents.

En 2002, le *Code criminel* a été modifié pour créer l'infraction du leurre.⁷ La Cour suprême du Canada examine actuellement le champ d'application de la disposition et déterminera si le ciblage des enfants en ligne pour se livrer à des conversations de nature sexuelle qui ne sont pas menées dans le but d'une rencontre et d'une activité sexuelle réunit les critères énoncés dans la disposition concernant le leurre.⁸

Internet a facilité l'échange et la distribution en ligne de pornographie juvénile, une autre question entourant son utilisation répandue. Internet sert de média pour transmettre des images et des vidéos d'enfants exploités et maltraités dans le monde entier. Non seulement les enfants sont de plus en plus sexualisés, mais il pourrait y avoir une corrélation étroite entre le visionnement du matériel en ligne et des actes réels d'agression.⁹

La Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sharpe*¹⁰ a résumé les moyens précis par lesquels des préjudices peuvent découler de la possession d'images offensantes :

1. La pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives, au point où elle amène le possesseur à considérer que les rapports sexuels avec des enfants sont normaux, à affaiblir ses inhibitions et à le conduire à exploiter des enfants.
2. Elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions.
3. L'interdiction de la possession de la pornographie juvénile facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants.
4. La preuve est 'claire et non contredite' : la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes.

⁷ *Code criminel du Canada*, L.R.C., 1985, c. C-46, art. 172.1.

⁸ *Craig Bartholomew Legare c. Her Majesty the Queen*, jugement daté du 15 octobre 2009. Sur un appel de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2006 ABQB 248.

⁹ Voir <http://www.cybertip.ca/app/fr/risks> pour obtenir la liste des risques pour les enfants sur Internet.

¹⁰ *R. c. Sharpe*, [2001] R.C.S. 2.

5. Dans la mesure où des enfants sont utilisés pour produire une grande partie de la pornographie juvénile, on peut dire que l'observateur est un complice après coup d'un acte d'exploitation d'enfants en offrant un marché à la pornographie juvénile.

Les préjudices infligés aux enfants représentés dans le matériel pornographique juvénile sont évidents. L'exploitation sexuelle en soi est une violation flagrante de la dignité d'un enfant et de la sécurité de la personne. Lorsque cette exploitation est enregistrée et diffusée aux autres à des fins pornographiques, les victimes risquent à nouveau d'être exploitées chaque fois que les enregistrements seront visionnés. La technologie numérique et Internet ont assuré que les enregistrements affichés en ligne deviennent un document permanent, irrécupérable et indestructible qui perpétue l'exploitation chaque fois qu'il est visionné, copié et distribué. La Cour suprême du Canada a reconnu récemment la gravité et la nature permanente des préjudices causés par la pornographie juvénile en ligne, et la nécessité d'imposer des peines strictes aux délinquants compte tenu de la nature de ces préjudices :

Je note enfin que L.M. diffusait son matériel pornographique à l'échelle planétaire par l'intermédiaire d'Internet. L'emploi de ce mode de diffusion peut avoir des conséquences graves pour la victime. Dès lors qu'une photo est publiée sur le Web, elle est disponible pour une durée indéterminée, partout dans le monde. R.M. ne saura jamais si on ne retracera pas, un jour, une photographie ou une animation photographique où elle figure.¹¹

En ce qui concerne la pornographie juvénile, le droit à la vie privée des enfants qui est en jeu est différent, en ce sens qu'il se présente dans le contexte d'un enregistrement numérique permanent de l'exploitation qui peut être reproduit électroniquement pour une durée indéterminée. Dès lorsqu'une image ou un enregistrement est affiché en ligne, il devient effectivement un document public permanent dont la distribution (c.-à-d. la période, le lieu, le mode et la fréquence) n'est soumise à aucun contrôle. Quelles mesures peuvent être prises pour limiter au minimum l'impact sur une violation si flagrante et permanente de la vie privée et de la dignité d'un enfant?

L'accent a surtout été mis et doit continuer d'être mis sur le travail en vue de réduire la production et la distribution de pornographie juvénile. Toutefois, les processus et les stratégies relativement aux enquêtes, aux poursuites et à la prévention soulèvent leurs propres préoccupations au chapitre de la vie privée des enfants concernés. Des mesures doivent être prises pour garantir qu'un nombre minimal de personnes ont accès à la pornographie juvénile par l'application de la loi et par voies légales. La GRC et Cyberaide.ca maintiennent des bases de données de matériel identifié comme étant de la pornographie juvénile ainsi qu'une liste de sites Web qui renferment un contenu illégal et, dans le contexte du système volontaire actuel, Cleanfeed fourni des listes chiffrées aux fournisseurs de services Internet (FSI) participants qui,

¹¹ R. c. L.M., [2008] R.C.S. 31 au para. 28. L.M. a été reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fillette ainsi que de production, distribution et possession de pornographie juvénile. La Cour a confirmé l'imposition par le juge du procès qui a infligé la peine maximale de 15 ans, annulant la décision de la Cour d'appel de réduire la peine à 9 ans.

à leur tour, les téléchargent à leurs serveurs afin de bloquer l'accès aux utilisateurs. Bien que ce système n'est pas encore été l'objet d'une atteinte à la sécurité, l'option de contraindre légalement tous les FSI de participer aurait comme conséquence de soulever d'autres considération de protection de la vie privée en ce qui a trait à la sécurité de l'information et une atteinte à la sécurité avec cette sorte d'information hautement délicate serait désastreuse.

L'exploitation sexuelle en ligne des enfants présente des préjudices immédiats et à long terme aux victimes, qui à leur tour répètent le cycle d'exploitation d'une multitude de façons, raison pour laquelle cette question est une préoccupation sociale urgente. Il faut envisager des garanties plus fortes du droit à la vie privée des enfants, de meilleures protections de la vie privée des victimes de l'exploitation sexuelle en ligne et des réformes législatives pour mieux lutter contre les activités criminelles facilitées par Internet qui ciblent les enfants.

Dangers possibles : Atteinte à la vie privée en ligne

Une autre source de préoccupation avec l'avènement des médias sociaux et la capacité apparemment illimitée d'afficher et de mettre à jour les pages dans Facebook et les blogs est la façon dont les enfants et les adultes représentent les autres en ligne. Des rumeurs peuvent être répétées au sujet d'autres personnes ou l'affichage de photos d'autres personnes sans leur permission peut se faire facilement, sans trop de malveillance. Cependant, on pourrait considérer qu'il s'agit là d'une atteinte à la vie privée, ce qui augmente le risque de responsabilité au civil pour un libelle, une diffamation et d'autres délits contre la réputation d'une personne. On ne répètera jamais assez que ce qui est affiché en ligne devient essentiellement un document public permanent et irrécupérable dont les conséquences vont au-delà des raisons pour lesquelles il a été affiché au départ :

« Internet représente une révolution dans les communications. Elle permet à toute personne qui a un ordinateur et une connexion Internet à l'échelle planétaire d'accéder de façon instantanée aux communications. Elle permet aux particuliers, aux établissements et aux compagnies de communiquer avec un auditoire potentiellement vaste dans le monde entier. Il est un moyen de diffusion qui ne respecte pas les frontières géographiques. Tout en offrant la possibilité utopique de créer des communautés virtuelles, de faciliter les aspects de l'identité qui seront explorés et d'ouvrir la voie à une ère nouvelle et mondiale de liberté d'expression et de démocratie, Internet est également un moyen potentiel de diffamation internationale pratiquement sans limites » [Trad.].¹²

L'appropriation illicite de la personnalité et l'usurpation d'identité sont également des torts qui sont grandement facilités par la mise au point des nouvelles technologies.

Les tribunaux au Canada entendent de plus en plus de plaintes en matière de libelle ou diffamation en ligne et ont tendance à décider qu'il existe une responsabilité légale dans ces

¹² COLLINS, MATTHEW. *The Law of Defamation and the Internet* (Oxford University Press, 2001), au para. 24.02.

cas.¹³ Une récente décision judiciaire est allée plus loin et a établi qu'il n'était pas raisonnable de s'attendre au respect de la vie privée en ce qui concerne l'utilisation d'Internet dans le but de publier des déclarations diffamatoires et a offert un recours civil afin que les FSI divulguent les noms des clients pour identifier qui étaient les intimés dans une poursuite pour écrit diffamatoire.¹⁴ Le voile de l'anonymat sur Internet ne protégera pas les gens contre la responsabilité légale à l'égard de leurs agissements en ligne.

Aujourd'hui, la réalité est telle que l'univers virtuel gagne de plus en plus d'importance dans la vie des enfants et des jeunes, qui jouent, communiquent et font leurs devoirs en ligne. Il ne suffit plus d'obliger les parents et les écoles à limiter la capacité des enfants et des jeunes à accéder à Internet. Des pressions doivent être exercées sur le gouvernement pour reconnaître que la protection des renseignements personnels des enfants en ligne est une préoccupation au chapitre des droits de la personne, et que des lois doivent être adoptées pour réglementer la collecte et l'utilisation de ces données.

Options de réforme législative

Loi spécialisée visant à protéger les renseignements personnels des enfants en ligne : Le modèle de la COPPA des États-Unis

La technologie transforme nos sociétés si rapidement que les législateurs ont de la difficulté à se tenir au fait. En 1998, les États-Unis ont adopté la *Children's Online Privacy Protection Act of 1998* (« COPPA ») pour s'attaquer à la question des renseignements des enfants en ligne.¹⁵ Cette loi s'applique aux exploitants de sites Web commerciaux destinés aux enfants, qui recueillent des renseignements personnels auprès des enfants âgés de moins de 13 ans. Selon la loi, les exploitants doivent obtenir un consentement « vérifiable » des parents avant de recueillir des renseignements d'un enfant.¹⁶ Habituellement, cela signifie que l'exploitant doit tout mettre en œuvre pour communiquer, à un parent, ses pratiques de collecte de renseignements et pour s'assurer que le parent consent à la collecte des renseignements en fonction de telles pratiques. Cependant, la Federal Trade Commission affirme que « si l'exploitant utilise les renseignements à des fins internes, une méthode de consentement moins rigoureuse est exigée. Si l'exploitant communique les renseignements à des tiers, la situation présente de plus grands dangers aux enfants, et une méthode de consentement plus fiable est requise » [Trad.].¹⁷ « Fins internes » s'entend « d'activités de marketing entreprises ensuite auprès de l'enfant d'après ses préférences ou la communication de mises à jour promotionnelles au sujet du contenu du site » [Trad.].¹⁸

¹³ *WeGo Kayaking Ltd. et al v. Sewid, et al*, 2007 BCSC 49; *Henderson v. Pearlman*, 2009 CanLII 43641 (ON S.C.).

¹⁴ *York University v. Bell Canada Enterprises*, 2009 CanLII 46447 (ON S.C.).

¹⁵ 15 U.S.C. art. 6501–6506 (2000), <<http://uscode.house.gov/download/pls/15C91.txt>> [COPPA].

¹⁶ U.S. FEDERAL TRADE COMMISSION. *How to Comply with the Children's Online Privacy Protection Rule*, <<http://www.ftc.gov/bcp/online/pubs/buspubs/coppa.htm>>.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 2.

¹⁸ *Ibid.* à la p. 1.

Le problème, c'est que la COPPA ne s'est pas révélée un moyen efficace de protection ayant trait à l'atteinte au droit à la vie privée des enfants en ligne. L'une des difficultés qui se posent, entre autres, c'est qu'il est impossible de vérifier le consentement des parents. Les politiques de confidentialité des sites Web sont souvent si difficiles à comprendre que personne ne sait vraiment à quoi se rattache le consentement. En outre, la plupart des enfants (et des adultes) ne lisent pas les politiques de confidentialité avant de donner leur consentement.

La COPPA définit « renseignements personnels » ainsi :

8) RENSEIGNEMENTS PERSONNELS — « Renseignements personnels » s'entend de renseignements individuellement identifiables au sujet d'un particulier qui sont recueillis en ligne, dont —

- A) un prénom et un nom de famille;
- B) une adresse domiciliaire ou une autre adresse de voirie, comprenant le nom de la rue et le nom d'une ville;
- C) une adresse de courrier électronique;
- D) un numéro de téléphone;
- E) un numéro de sécurité sociale;
- F) un autre identificateur qui, selon la détermination de la Commission, permet de communiquer avec un particulier précis en personne ou en ligne; ou
- G) les renseignements concernant l'enfant ou les parents de l'enfant que le site Web recueille en ligne auprès de l'enfant et qu'il combine à un identificateur décrit dans le présent paragraphe.

La COPPA exige un consentement seulement pour recueillir des renseignements susceptibles d'identifier un enfant en particulier; son libellé est tel qu'elle ne s'applique pas aux renseignements non personnels ou aux données globales. C'est en partie en raison de ces limitations qu'elle n'est pas jugée être un modèle efficace, car elle permet toujours le ciblage comportemental. Il faut toutefois savoir que certains membres du Congrès américain envisagent maintenant de proposer des lois qui interdiraient complètement le ciblage comportemental des enfants¹⁹. Si les États-Unis prennent effectivement cette direction, il sera beaucoup plus facile de faire respecter des lois semblables au Canada.

Loi générale interdisant le marketing destiné aux mineurs

Le modèle de la protection des consommateurs du Québec

La *Loi sur la protection du consommateur*²⁰ du Québec est une autre loi qui vise à protéger les enfants contre l'influence des annonceurs. Promulguée en 1987, la *Loi* a interdit la publicité destinée à des enfants de moins de treize ans. Le règlement adopté conformément à la *Loi* contient un mécanisme plutôt complexe d'exemptions.²¹ La *Loi* ne considère pas les questions de la protection des renseignements en ligne ni la gestion des données. Cependant, elle offre un exemple de la façon dont les activités commerciales ont été limitées pour protéger les

¹⁹ Voir rapport de presse : <<http://mediadecoder.blogs.nytimes.com/2009/09/01/privacy-advocates-push-for-new-legislation/>>. Les défenseurs américains de la vie privée ont publié ce mois-ci une introduction législative qui exige une réforme de la loi afin de protéger les enfants contre le ciblage comportemental :

<<http://www.uspirg.org/uploads/s6/9h/s69h7ytWnmbOJE-V2uGd4w/Online-Privacy---Legislative-Primer.pdf>>.

²⁰ *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. 1987, c. P-40.1, art. 248, 249, 364.

²¹ *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, L.S.Q. c. P-40.1, r. 1, (art. 87 à 91).

intérêts des enfants. Le corps législatif du Québec a adopté comme position générale, laquelle est appuyée par les tribunaux canadiens, que les enfants de moins de treize ans sont particulièrement susceptibles au contenu manipulateur des campagnes de publicité.

Les dispositions concernant la protection du consommateur au Québec ont établi leur réputation la première fois dans les cercles juridiques canadiens lorsque la société Irwin Toy a contesté leur validité devant la Cour suprême du Canada. La constitutionnalité de la limitation de ce type de publicité à but commercial a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*.²² Même si elle constituait une atteinte à la liberté d'expression, la loi a été confirmée à cause de l'objectif urgent et réel de protéger un groupe qui est vulnérable à la manipulation commerciale. Selon la majorité des juges de la Cour suprême, les enfants n'ont pas les capacités des adultes pour évaluer la force persuasive de la publicité et le législateur du Québec avait raisonnablement conclu qu'il fallait empêcher les annonceurs d'exploiter la crédulité des enfants. « [L]a vulnérabilité particulière des jeunes enfants face à la manipulation exercée par les médias, leur incapacité de distinguer la fiction de la réalité ou de saisir l'intention persuasive que comporte le message et les effets secondaires des influences extérieures sur la famille et l'autorité parentale » étaient les préoccupations générales qui ont motivé cette réponse législative.²³

La protection des renseignements personnels des enfants en ligne soulève tout autant de préoccupations. Les annonceurs ciblent ce groupe vulnérable dans l'espoir d'exploiter sa naïveté. Ainsi, une interdiction semblable sur la collecte des renseignements personnels des enfants pourrait se révéler le meilleur moyen de protéger les enfants contre les pratiques en ligne qui portent atteinte à leur droit à la vie privée. Une bonne politique de protection des renseignements personnels doit être adaptée aux besoins de développement des enfants, dont leur besoin de vie privée et le rôle que celle-ci joue dans l'établissement de relations de confiance avec les autres.

Interdire la commercialisation des espaces de jeux virtuels des enfants

Un moyen de protéger les enfants contre la manipulation exercée par les médias sur Internet serait de déposer un projet de loi fédéral qui interdirait l'intégration de publicité aux jeux et aux espaces de jeux virtuels destinés aux enfants. Les articles 248 et 249 de la *Loi sur la protection des consommateurs* du Québec qui interdisent la publicité destinée aux enfants de moins de treize ans offrent un modèle de ce type de réforme législative :

Publicité aux moins de 13 ans.

248. Sous réserve de ce qui est prévu par règlement, nul ne peut faire de la publicité à but commercial destinée à des personnes de moins de treize ans.

Faits considérés.

²² *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

²³ *Ibid.* à la p. 621.

249. Pour déterminer si un message publicitaire est ou non destiné à des personnes de moins de treize ans, on doit tenir compte du contexte de sa présentation et notamment :

- a) de la nature et de la destination du bien annoncé;
- b) de la manière de présenter ce message publicitaire;
- c) du moment ou de l'endroit où il apparaît.

Présomption.

Le fait qu'un tel message publicitaire soit contenu dans un imprimé destiné à des personnes de treize ans et plus ou destiné à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ou qu'il soit diffusé lors d'une période d'écoute destinée à des personnes de treize ans et plus ou destinée à la fois à des personnes de moins de treize ans et à des personnes de treize ans et plus ne fait pas présumer qu'il n'est pas destiné à des personnes de moins de treize ans.

Même si elles ont survécu à la première contestation, on a cru pendant de nombreuses années que les dispositions législatives du Québec s'appliquaient seulement au secteur de la radiodiffusion, et leur application n'a pas toujours été jugée efficace. Au cours des dernières années, cependant, les mouvements de protection des consommateurs et les défenseurs des enfants au Québec ont amené l'Office de protection du consommateur à remettre ses mécanismes d'application en branle. Au lieu de s'exposer à des chefs d'accusation, les géants des médias comme Nestlé, McDonalds' et General Mills, entre autres, ont plaidé coupables aux accusations portant sur des manœuvres frauduleuses de marketing, sous la forme d'annonces qui avaient été radiodiffusées, diffusées sur Internet ou intégrées au matériel de la campagne portant sur la vie saine dans les garderies.

Le modèle législatif du Québec pourrait être mis à jour et renforcé pour donner suite notamment aux préoccupations liées au ciblage comportemental à l'ère d'Internet. Les autres provinces pourraient suivre l'exemple du Québec en adoptant des interdictions générales frappant le marketing destiné aux enfants ou des dispositions plus spécialisées interdisant le ciblage comportemental des mineurs et l'exploration de données ou les utilisations secondaires des données recueillies à partir des jeux virtuels pour les enfants. Ou encore, une mesure législative fédérale pourrait être envisagée pour restreindre la commercialisation des espaces de jeux des enfants en ligne en modifiant la *Loi sur la concurrence* pour établir que la collecte de renseignements auprès des enfants aux fins d'activités de marketing ciblées est une infraction.²⁴

Espaces de jeux virtuels à caractère non commercial

Nous pourrions créer des espaces de jeux virtuels à caractère non commercial pour les enfants et les jeunes. En tant que société, nous avons délimité divers espaces qui sont protégés, jusqu'à un certain point, de l'interférence commerciale : les terrains de jeux, les écoles et les bibliothèques. Étant donné que nos enfants se branchent de plus en plus sur Internet, le moment est probablement venu de reconnaître qu'il s'agit d'un forum de plus encore où les

²⁴ STEEVES, VALERIE. « Children's Privacy: An Overview of the Federal Legislative Landscape » (juillet 2009).

enfants ont la possibilité d'établir des relations et de se divertir sans être indûment influencés par des intérêts commerciaux.

Il existe déjà diverses ressources en ligne sans but lucratif comme le programme *CyberJulie* qui est exploité par le Centre canadien de protection de l'enfance dans le cadre de son programme *Cyberaide.ca*. Le problème avec cette proposition, ce sont les frais de démarrage élevés et l'expertise nécessaire pour élaborer un site Web que les enfants seraient vraiment intéressés à consulter. Par conséquent, le soutien financier d'ONG existantes pourrait être une solution viable. Comme Internet devient de plus en plus le média de choix des jeunes internautes canadiens, un débat public éclairé devrait permettre de déterminer la valeur, le coût et le moyen qui pourraient offrir la meilleure protection et de promouvoir des espaces de jeux virtuels à caractère non commercial. La Société Radio-Canada est une société de radiodiffusion publique créée par une loi fédérale, qui représente l'importance que la radiodiffusion publique revêt pour les Canadiens. Est-ce qu'une loi spécialisée devrait établir et définir l'espace public que les Canadiens veulent réserver au développement sécuritaire et optimal de leurs enfants par le Web?

Réforme de la LPRPDE

La loi relative à la protection des renseignements personnels au Canada, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (« LPRPDE »)²⁵ ne s'est pas révélée efficace pour s'attaquer au problème de la protection des renseignements des enfants en ligne. Déposée durant les années 1990, la LPRPDE régit la façon dont les entreprises privées peuvent recueillir, utiliser et communiquer les renseignements personnels. Il s'agit d'un modèle de protection axé sur un consentement qui ne tient pas compte de la maturité relative ni de l'âge de la personne qui donne le consentement. Les normes ne sont pas suffisantes non plus pour garantir que le consentement est éclairé. Bref, les enfants ne sont pas différenciés des adultes en ce qui concerne leur droit à la vie privée.

La LPRPDE est soumise à une révision législative obligatoire à intervalle régulier. La dernière révision a recommandé une réforme législative dans le domaine du respect de la vie privée des enfants, et Industrie Canada a convenu de le faire. Nous n'avons pas encore vu de mesures législatives conséquentes au fédéral, et pourtant la prochaine révision de la LPRPDE approche. Les Canadiens comptent sur les parlementaires fédéraux et provinciaux pour montrer du leadership et produire des résultats en ce qui concerne les moyens de tenir nos promesses vis-à-vis des enfants et d'atténuer les préjudices dont ils sont victimes. Nous pourrions, par exemple, modifier la LPRPDE ou des lois provinciales essentiellement semblables pour renforcer les exigences relatives au consentement en fonction de conditions d'âge précises et exiger différents niveaux de consentement d'après les catégories d'âge. Voici un mécanisme proposé pour des exigences variables relatives au consentement que le Centre pour la défense de l'intérêt public a mis de l'avant dans un rapport en 2008 sur la vie privée des enfants en ligne :

²⁵ *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5.

1. Moins de 13 ans : une interdiction générale sur la collecte, l'utilisation et la communication de tous les renseignements personnels d'enfants de moins de 13 ans.
2. De 13 à 15 ans : les sites Web seraient autorisés à recueillir et à utiliser des renseignements personnels uniquement pour leurs fins et avec le consentement explicite de l'adolescent et du parent, et il leur serait interdit de communiquer ces renseignements personnels à des tiers.
3. De 16 ans à la majorité (18 ou 19 ans) : les sites Web seraient autorisés à recueillir des renseignements personnels avec le consentement de l'adolescent, mais ne pourraient communiquer les renseignements recueillis sur l'adolescent qu'avec le consentement positif de l'adolescent et le consentement explicite de son père ou de sa mère.
4. Après avoir atteint l'âge légal : les sites Web et les sociétés ne seraient plus autorisés à conserver les renseignements recueillis lorsque l'enfant n'avait pas l'âge de la majorité et ils seraient obligés de supprimer les renseignements immédiatement, sans consentement explicite de la personne qui vient d'atteindre l'âge de la majorité.²⁶

La distinction entre cette réforme législative et l'approche de la COPPA, c'est que cette réforme préconise une interdiction totale sur la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels d'une personne de moins de 13 ans, alors que la COPPA exige tout simplement le consentement des parents. À cause du manque de succès de la COPPA, une interdiction totale sur la collecte, l'utilisation ou la communication des renseignements personnels d'une personne de moins de 13 ans pourrait s'avérer une solution raisonnable.

Même si, à cause des diverses catégories d'âge proposées, il était plus difficile de se conformer à la loi et de voir à son application, ces catégories pourraient se révéler nécessaires pour garantir la conformité de la loi à la Charte. La Charte canadienne des droits et libertés garantit la liberté et l'égalité de tous les Canadiens et pourrait obliger l'État à respecter les décisions des enfants qui ont la capacité et la maturité nécessaires pour prendre de telles décisions personnelles au sujet de la divulgation de leurs renseignements personnels aux exploitants de sites Web. Le récent jugement de la Cour suprême du Canada dans *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*²⁷ soutient que les lois de protection de l'enfance doivent respecter les décisions prises par des adolescents matures à la condition qu'ils démontrent qu'ils sont mentalement capables de prendre la décision en cause. La Cour a déterminé que, si l'adolescent a la maturité nécessaire, il faut respecter ses opinions.

Si on en juge par la dernière révision de la LPRPDE et le manque de suivi en ce qui concerne la protection des renseignements personnels des enfants en ligne, il existe clairement une possibilité de transmettre un message ferme, en particulier si ce message bénéficie de l'appui des organismes intéressés au pays. Les commissaires à la vie privée et les défenseurs des droits

²⁶ CENTRE POUR LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT PUBLIC. *All in the Data Family: Children's Privacy Online* (septembre 2008), sur Internet : Centre pour la défense de l'intérêt public <http://www.piac.ca/files/children_final_small_fixed.pdf>, p. 69-70.

²⁷ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] R.C.S. 30.

des enfants et des jeunes au pays espèrent que nous devrions être en mesure, ensemble de concert avec la société civile, de faire avancer le dossier de façon appréciable.

Exigences relatives aux fournisseurs de services Internet

Il pourrait y avoir un conflit entre les policiers qui demandent accès à des renseignements personnels dans le cadre d'une enquête sur la pornographie juvénile et les fournisseurs de services Internet (FSI) qui exigent des mandats de perquisition avant de fournir des renseignements sur les clients aux agents de la paix enquêteurs. La législation actuelle permet aux FSI de communiquer des renseignements personnels, comme le nom, l'adresse et le numéro de téléphone d'un abonné qui fait l'objet d'une telle enquête. Dans certaines circonstances en vertu de la loi relative à la protection des renseignements personnels en vigueur, d'autres, cependant, hésitent à le faire au nom de valeurs compensatoires comme la vie privée, la liberté d'expression et la liberté d'association. C'est toutefois au nom de la loi relative à la protection de la vie privée qu'ils refusent de coopérer, et cela a créé beaucoup de confusion pour les agents qui cherchent à concilier les conseils obtenus des défenseurs des droits des enfants et des organismes d'application de la loi, d'une part, et des défenseurs de la vie privée, d'autre part.

Actuellement, les FSI ne sont pas obligés de conserver les données qu'ils recueillent sur les abonnés, ce qui pourrait entraver les enquêtes sur les utilisateurs présumés de pornographie juvénile. La Coalition canadienne contre l'exploitation sexuelle des enfants sur Internet,²⁸ présidée par Cyberaide, a créé un excellent outil; il s'agit d'une lettre de demande d'information normalisée qui peut être utilisée par des policiers; cette lettre explique les raisons de la demande et limite l'accès à l'information aux cas de pornographie juvénile.

Contrairement aux États-Unis, la plupart des provinces canadiennes n'obligent pas les FSI à signaler la pornographie juvénile apparente. Plusieurs gros FSI aux États-Unis et au Canada ont accepté de bloquer l'accès à la pornographie juvénile et d'éliminer le matériel de leurs serveurs.

Un projet de loi fédéral a récemment été déposé, visant à obliger tous les FSI à divulguer le nom, l'adresse, l'adresse de protocole Internet (IP) et l'adresse électronique d'un abonné sur demande sans surveillance judiciaire.²⁹ La *Loi sur l'assistance au contrôle d'application des lois au 21^e siècle* (projet de loi C-47) permettrait aux autorités d'accéder aux renseignements sur les abonnés sans mandat et imposerait de nouvelles exigences techniques aux entreprises de télécommunications afin d'offrir une capacité d'interception par les services de police et les

²⁸ La Coalition canadienne contre l'exploitation sexuelle des enfants sur Internet (CCEEI) est un regroupement volontaire de partenaires dans la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants sur Internet. Les autres membres de la CCEEI présidée par Cyberaide.ca sont le Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants, Sécurité publique Canada, l'Association canadienne des fournisseurs Internet, AOL Canada, Bell Canada, Cogeco, TELUS, Rogers, Shaw, MTS, Yahoo! Canada, Google et SaskTel.

²⁹ Projet de loi C-47, *Loi sur l'assistance au contrôle d'application des lois au 21^e siècle*, 2^e session, 40^e législature, 2009, en ligne :

<<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4007628&Language=f&Mode=1>>.

agences de sécurité nationale au Canada. Cette mesure est complétée par le projet de loi C-46, la *Loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle*,³⁰ qui conférerait aux services de police et aux agences de sécurité nationale de nouveaux pouvoirs d'enquête, comme des ordres de préservation et des ordonnances de communication aux entreprises de télécommunications et des ordonnances en vue de retracer un dispositif de télécommunications.

Un ordre de préservation est un ordre écrit donné par les services de police exigeant la préservation de données informatiques. Pour que l'ordre soit donné, il doit exister des motifs raisonnables de soupçonner qu'une infraction a été ou sera commise et que les données informatiques sont en la possession ou à la disposition de la personne et seront utiles relatives à l'infraction. L'ordre est temporaire et expire après 21 jours. Un ordre subséquent ne peut être donné pour préserver les mêmes données. La loi assure un pouvoir de surveillance judiciaire en énonçant que les données ne peuvent être obtenues sans une ordonnance judiciaire. La préservation est obligatoire légalement depuis 1996 aux États-Unis.³¹

Une ordonnance de communication est une ordonnance judiciaire qui exige d'une personne de communiquer un document qui est en sa possession ou à sa disposition ou d'établir et de communiquer un document comportant des données qui sont en sa possession ou à sa disposition. Avant que l'ordonnance ne soit rendue, le juge doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire :

- 1) qu'une infraction a été ou sera commise;
- 2) que les documents ou les données fourniront une preuve concernant la perpétration de l'infraction;
- 3) que la personne qui est assujettie à l'ordonnance a les documents ou les données en sa possession ou à sa disposition.

Nous devrions adopter une approche prudente à l'égard du projet de loi pour garantir qu'il concilie à la fois le droit à la vie privée de chacun et les objectifs légitimes de l'application de la loi et de la sécurité nationale. Nous devons nous assurer que des limites sont imposées au recours à ces nouveaux pouvoirs de manière à ce qu'ils portent une atteinte minime au droit à la vie privée des particuliers. Le recours aux pouvoirs de surveillance judiciaire est un moyen d'y arriver. Les commissaires à la vie privée canadiens ont émis une déclaration conjointe à St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador) en septembre cette année pour demander au Parlement d'examiner attentivement les propositions législatives dans les projets de loi C-46 et C-47 pour le prémunir contre leur portée excessive possible et leur emploi abusif éventuel. Des cas clairs comme ceux qui se rattachent à la pornographie juvénile et au leurre d'enfants, où les activités d'application du droit pénal peuvent bénéficier de techniques de collecte d'information par

³⁰ Projet de loi C-46, *Loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle*, 2^e session, 40^e législature, 2009, en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4008179&Language=f&Mode=1>.

³¹ 18 U.S.C. 2703(f) exige du fournisseur de services de communications électroniques de « prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver les enregistrements et les autres preuves en sa possession en attendant qu'une ordonnance judiciaire soit rendue ou un autre processus » à « la demande d'une entité gouvernementale » (Trad.).

intrusion, ne devraient pas être utilisés comme subterfuge pour donner carte blanche aux organismes d'application de la loi.

Tout débat sur la politique publique concernant Internet doit inclure la question du droit à la vie privée et les préoccupations légitimes au regard de la vie privée qu'ont les Canadiens. Madame la juge L'Heureux-Dubé a formulé des observations dans l'affaire *R. c. Sharpe* sur la conciliation du droit à la vie privée d'un particulier et la protection des enfants contre l'exploitation :

Nous reconnaissons que le droit à la vie privée est une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que le droit à la liberté. Toutefois, le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile ne constitue pas le seul droit en jeu dans le présent pourvoi. Le droit à la vie privée des enfants [...] entre en jeu du fait qu'il y a production d'un enregistrement permanent de leur exploitation sexuelle.³²

Des sites Web comme Cyberaide.ca jouent également un rôle vital dans la protection des enfants en ligne. Cyberaide.ca est le service pancanadien de signalement d'enfants exploités sexuellement sur Internet. Le Centre canadien de protection de l'enfance possède et exploite le service de signalement. En moyenne, Cyberaide.ca reçoit plus de 700 signalements par mois du public canadien. Ces signalements ont mené à au moins 50 arrestations et au retrait de nombreux enfants d'environnements abusifs. Cyberaide.ca administre également Cleanfeed Canada, une initiative visant à bloquer l'accès aux sites Web de pornographie juvénile à l'étranger qui contiennent des images d'enfants prépubertaires. Depuis son lancement en novembre 2006, Cleanfeed a bloqué environ 10 000 URL particuliers. Il existe également un processus d'appel en place pour quiconque juge que du matériel légal a été bloqué.

Actuellement la participation au blocage des sites de pornographie juvénile découverts par Cyberaide.ca est volontaire. Tous les gros FSI au Canada collaborent avec le service, à l'exception de Cogeco. Cependant, la participation de chaque FSI au pays à cet effort devrait être obligatoire. Donc, le gouvernement fédéral devrait être encouragé à présenter un projet de loi qui obligerait tous les FSI à bloquer l'accès aux sites contenant des images de pornographie juvénile. La loi visée devrait naturellement également prévoir la surveillance judiciaire ou parlementaire à imposer à l'organisme chargé de repérer ce matériel. Cependant, l'approche actuelle – un mécanisme non obligatoire où l'élimination de la pornographie juvénile reste un but social, que ceux qui sont responsables de sa diffusion peuvent adopter ou non, selon leurs impératifs commerciaux – n'est pas responsable. Elle ne répond pas non plus au droit à la dignité humaine des enfants canadiens que garantissent les lois internationales.

Comme l'a observé Signy Arnason, du Centre canadien de protection de l'enfance, les FSI ne sont qu'un morceau d'un casse-tête très compliqué, et il est important de ne pas se concentrer

³² *Supra* au para. 189.

exclusivement sur le rôle des FSI lorsque de nombreux intervenants ont un rôle à jouer dans la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle en ligne. Cependant, de telles modifications ouvriraient la porte à des interventions en faveur d'un changement.

Signalement obligatoire de la pornographie juvénile

Comme autre possibilité de modification législative, des modifications pourraient être proposées à la loi sur les services à la famille provinciale ou à une loi équivalente pour exiger le signalement obligatoire de la pornographie juvénile. Il est possible d'y arriver en élargissant la loi existante qui exige actuellement que toutes les personnes fassent un signalement si elles soupçonnent qu'un enfant a besoin de protection. L'adoption d'une telle loi placerait le Canada au même rang que les autres pays, comme les États-Unis et l'Australie qui, en vertu de la loi fédérale, exigent des FSI de signaler la découverte d'images d'exploitation sexuelle d'enfants. Une telle loi vise à limiter au minimum les obstacles que les services d'application de la loi doivent franchir lorsqu'ils tentent d'accéder aux renseignements que détiennent les FSI.

En édictant la *Loi modifiant la Loi sur les services à l'enfant et à la famille (obligation de signaler la pornographie juvénile)* (Manitoba), le Manitoba est devenu la première province canadienne à promulguer une loi qui rend obligatoire le signalement de la pornographie juvénile par toute personne qui y est exposée.³³

17(2) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (1), un enfant a besoin de protection lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes :

...

c) il est victime de mauvais traitements ou menacé de mauvais traitements, notamment s'il risque de subir un préjudice en raison de la pornographie juvénile;

...

Communication obligatoire

18(1) Sous réserve du paragraphe (1.1), la personne qui possède des renseignements qui la portent raisonnablement à croire qu'un enfant peut ou pourrait avoir besoin de protection conformément à l'article 17 communique sans délai ces renseignements à un office ou aux parents ou au tuteur de l'enfant.

Obligation de signaler la pornographie juvénile

18(1.0.1) En plus de l'obligation qui lui est imposée par le paragraphe (1), la personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'une représentation, qu'un écrit ou qu'un enregistrement constitue ou pourrait constituer de la pornographie juvénile communique rapidement les renseignements dont elle dispose à une entité compétente.

Interdiction de chercher de la pornographie juvénile

18(1.0.2) Le présent article n'a pas pour effet d'obliger ou d'autoriser une personne à chercher de la pornographie juvénile.

³³ *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-1986, c. 8

Communication à un office seulement

18(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque la personne visée à ce paragraphe, selon le cas :

- a) ne connaît pas l'identité des parents ou du tuteur de l'enfant;
- b) possède des renseignements qui la portent raisonnablement à croire que les parents ou le tuteur :
 - (i) ou bien sont la cause du besoin de protection de l'enfant,
 - (ii) ou bien ne peuvent ou ne veulent pas assurer à l'enfant une protection convenable dans les circonstances;
- c) possède des renseignements qui la portent raisonnablement à croire que l'enfant subit ou pourrait subir des mauvais traitements de la part d'un de ses parents, de son tuteur ou d'une personne qui prend soin de l'enfant ou qui en a la garde, la direction ou la charge.

Cette personne communique alors sans délai les renseignements qu'elle possède à un office.

Obligation de communiquer les renseignements

18(2) Par dérogation aux dispositions de toute autre loi, les paragraphes (1) et (1.0.1) s'appliquent même si la personne a obtenu ces renseignements dans l'exercice de sa profession ou à titre confidentiel. Le présent paragraphe ne s'applique pas au secret professionnel des avocats.

Protection des dénonciateurs

18.1(1) Nul recours ne peut être exercé contre une personne qui, se conformant à l'article 18, communique de bonne foi des renseignements.

Identité des dénonciateurs

18.1(2) Sauf dans la mesure requise dans le cadre d'une instance judiciaire, ou sauf si le dénonciateur y consent par écrit, il est interdit de révéler :

- a) l'identité du dénonciateur visé au paragraphe 18(1) ou (1.1);
 - (i) à la famille de l'enfant qui aurait, selon les renseignements communiqués,
 - (ii) à la personne qui serait à l'origine du besoin de protection de l'enfant;
- b) l'identité du dénonciateur visé au paragraphe 18(1.0.1) à la personne qui a eu en sa possession la représentation, l'écrit ou l'enregistrement qui constitue ou pourrait constituer de la pornographie juvénile ou qui y a eu accès.

Représailles interdites

18.1(3) Il est interdit de congédier, de suspendre, de rétrograder, de harceler ou de gêner un dénonciateur visé à l'article 18, de prendre contre lui des mesures disciplinaires ou de lui porter préjudice de toute autre manière.

La modification à la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba a élargi la définition de mauvais traitements à l'égard des enfants pour inclure la pornographie juvénile. La loi s'applique à toutes les personnes, dont les employeurs, les techniciens en informatique et les FSI. La *Loi* indique que l'identité du dénonciateur n'est pas dévoilée, sauf dans la mesure requise dans le cadre d'une instance judiciaire ou si le dénonciateur y consent. Elle protège

également les dénonciateurs de pornographie juvénile contre les représailles dont ils pourraient souffrir. Les personnes qui sont déclarées coupables d'avoir omis de signaler leurs soupçons raisonnables au sujet de pornographie juvénile pourraient s'exposer à une grosse amende ou à un emprisonnement maximal de deux ans, ou aux deux.

Des modifications semblables obligeant le signalement de la pornographie juvénile ont été apportées en Ontario³⁴ de même qu'en Nouvelle-Écosse³⁵, bien que ces lois ne soient pas en vigueur dans l'une ou l'autre province. Les objectifs du signalement obligatoire sont clairs : protéger les enfants contre la violence sexuelle régulière et réduire la production, la reproduction et la distribution de pornographie juvénile. Ces initiatives de réforme législatives utilisent une définition de pornographie juvénile,³⁶ qui nous rapproche d'une norme nationale à partir de laquelle nous pouvons déterminer quel matériel constitue de la pornographie juvénile. Une telle réforme législative renforce les droits des enfants d'être libres d'exploitation et de violence sexuelle.

Offrir une protection contre la distribution de sites Internet interdits

Si le Canada décide d'adopter des mesures législatives pour obliger les FSI à conserver et à divulguer les renseignements personnels conformément aux demandes des organismes d'application de la loi et pour obliger les personnes à signaler les cas de pornographie juvénile, un élément clé à considérer sera de garantir que les renseignements au sujet des sites Web, des images et des vidéos de pornographie juvénile, et que les enfants victimes d'exploitation sexuelle sont protégés de l'utilisation et de la divulgation, sauf dans les circonstances les plus strictes. Il faut protéger avec soin les listes des URL qui contiennent des images de pornographie juvénile, des dépôts d'images et d'enregistrements d'exploitation sexuelle d'enfants, ainsi que l'identité des victimes de pornographie juvénile qui ont été recueillies aux fins de l'application de la loi. Des dispositions législatives supplémentaires concernant la protection des renseignements personnels dans le secteur privé pourraient être envisagées pour créer des mesures de protection plus strictes de ces renseignements de nature hautement délicate que détiennent les organismes sans but lucratif et les organisations non gouvernementales ainsi que les services aux victimes et les listes de sites Web de pornographie juvénile et de leur contenu que détiennent les FSI. Dans la même veine, l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels a recommandé récemment une modification au *Code criminel* pour s'assurer que le matériel d'enfants exploités sexuellement n'est pas divulgué à l'avocat de la défense, mais que ce dernier a l'occasion de mener à bien l'examen des éléments de preuve.³⁷

³⁴ *Loi modifiant la Loi sur les services à l'enfance et à la famille afin de protéger les enfants de l'Ontario.*

Sanctionnée le 10 décembre 2008. <http://www.e-laws.gov.on.ca/html/source/statutes/french/2008/elaws_src_s08021_f.htm>.

³⁵ *Child Pornography Report Act*, S.N.S. 2008, C. 35. Sanctionnée le 25 novembre 2008. <<http://gov.ns.ca/legislature/legc/~sol.htm>>.

³⁶ *Code criminel du Canada*, L.R.C., 1985, c. C-46, art. 163.1.

³⁷ BUREAU DE L'OMBUDSMAN FÉDÉRAL DES VICTIMES D'ACTES CRIMINELS. « Chaque image, chaque enfant : L'exploitation sexuelle d'enfants facilitée par Internet au Canada », 2009, sur Internet : Bureau de l'ombudsman fédéral des victimes d'actes criminels : <http://www.victimfirst.gc.ca/pub/~ep-rap/childp-pjuvenile/ovc_fra.pdf>.

La vie privée des enfants comme droit de la personne

Le Groupe de travail a reconnu qu'il était important de prendre le droit à la vie privée et le droit relatif au choix du moyen garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant au sérieux. En adoptant une approche axée sur les droits de la personne et en reconnaissant la nature fondamentale ou quasi constitutionnelle du droit à la vie privée des enfants, nous pouvons situer dans le bon contexte les préjudices exposés ci-dessus et les moyens de les atténuer. En présentant la discussion sur le droit à la vie privée comme un droit quasi-constitutionnel et un droit de la personne, nous obligerons quiconque s'y oppose à démontrer pourquoi le droit à la vie privée des enfants ne l'emporte pas sur les autres considérations, comme les avantages industriels que recherchent les applications en ligne et les développeurs de contenu ou la protection de la liberté d'expression commerciale.

La difficulté cependant réside dans la défense de la nature constitutionnelle des droits en question. D'une part, les garanties juridiques internationales qui lient le Canada sont claires en ce qui concerne le droit à la vie privée garanti en vertu de l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et des dispositions plus précises se rattachant au droit à la vie privée de l'enfant à l'article 16 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. La Cour suprême du Canada a également reconnu la nature quasi constitutionnelle des lois concernant l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels au Canada. Cependant, il n'est pas clair si cette reconnaissance s'étend à la LPRPDE. Malgré la disposition de définition d'objet assez explicite de la LPRPDE, les principes d'interprétation qui s'appliquent habituellement au Canada aux lois relatives aux droits de la personne ont été expédiés sans ménagement par la plus haute cour lorsque le droit à la vie privée protégé en vertu de la loi s'est opposé aux droits vénérés reconnus en common law, comme ceux qui régissent le secret professionnel des avocats.³⁸ La Charte canadienne même n'offre aucune garantie du droit à la vie privée, et la Cour a dû faire de l'ingénierie inverse relativement à ce droit à partir de la protection modeste offerte contre des fouilles, perquisitions et saisies abusives à l'article 8, et des garanties à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne prévue par l'article 7.³⁹ Les dispositions sur la protection des renseignements personnels de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont été abrogées lorsque la *Loi sur la protection des renseignements personnels* a été adoptée, et la valeur du droit à la vie privée dans le contexte des droits de la personne a été mise en doute depuis. Les commissaires parlementaires à la vie privée ont souvent recommandé une modification constitutionnelle pour consacrer le droit dans la Constitution canadienne, mais très peu ont envie de se lancer dans une telle entreprise.

³⁸ *Commissaire à la protection de la vie privée du Canada c. Blood Tribe* [2008] 2 C.S.C. 574.

³⁹ *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417 au para. 17. Le passage du juge Laforest souvent cité est énoncé ainsi : « Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public ».

Quelles mesures pouvons-nous prendre alors pour obliger les Canadiens et les autres citoyens relevant de notre compétence à prendre le droit à la vie privée des enfants au sérieux?

Nous pourrions nous borner à la tâche immédiate, idée présentée à Fredericton qui pourrait offrir de l'impulsion et nous amener à établir un consensus. Les modifications à la Constitution canadienne ne peuvent pas être demandées par les petites natures; il faut pouvoir compter sur l'endurance d'une foule d'intervenants et sur beaucoup de volonté politique afin d'appuyer un changement de cette nature. Le consensus peut être établi graduellement, cependant, si nous nous concentrons d'abord sur l'élément le plus susceptible de recueillir un consensus. Nul doute que presque tous au Canada conviendront de la nécessité de protéger les renseignements personnels des enfants au 21^e siècle. À moins d'apporter une modification constitutionnelle du genre qui a été décrite ci-dessus, le moyen le plus pratique de progresser vers des normes de base révisées au Canada consiste à perfectionner le domaine des lois relatives aux droits de la personne que nos tribunaux ont qualifiées de quasi constitutionnelles.

En juin cette année, un projet de loi d'initiative parlementaire a été déposé au Parlement portant création du poste de commissaire à l'enfance du Canada.⁴⁰ Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a avancé l'idée de créer de telles institutions nationales comme le meilleur moyen possible de consacrer les garanties de la Convention dans le droit interne. Cette initiative serait en accord avec l'article 4 de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui oblige un État signataire à prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer qu'il est conforme à la Convention. Une récente étude menée par le Sénat a révélé que, en dépit de la ratification par le Canada de la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention est « en fait marginalisée quant à ses effets directs sur la vie des enfants ».⁴¹ Le Comité des droits de l'enfant a réclamé en particulier la création d'un tel poste au Canada.⁴² Le Canada pourrait montrer du leadership en créant un poste de commissaire à l'enfance du Canada et en adoptant par voie de référence, dans le cadre de la loi constitutive de ce poste, les droits énoncés en vertu de la Convention, dont les garanties du droit à la vie privée énoncées à l'article 16 de la Convention. Le commissaire pourrait également se faire attribuer des pouvoirs exécutoires précis relativement à ces dispositions, compte tenu des préoccupations fréquentes concernant la protection des renseignements personnels des enfants canadiens aujourd'hui.

Si un tel poste était créé au Canada, au lieu de tout simplement traiter les plaintes de façon réactive, il serait possible de défendre de façon proactive les droits des enfants et d'assurer la conformité avec la Convention relative aux droits de l'enfant. Un commissaire national à

⁴⁰ MARC GARNEAU. A national Children's Commissioner for Canada. Le 11 juin 2009 :

<http://www.marcgarneau.ca/fr/atestnews.aspx?id=823>.

⁴¹ CANADA. COMITÉ SÉNATORIAL PERMANENT DES DROITS DE LA PERSONNE. *Les enfants : des citoyens sans voix – Mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux droits des enfants* 2007, en ligne : Comité permanent des Droits de la personne <http://www.parl.gc.ca/39/1/paribus/commbus/senate/com-f/human-f/rep-f/rep10apr07-f.htm>

⁴² COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT. *Le rôle des institutions nationales indépendantes de défense des droits de l'homme dans la protection et la promotion des droits de l'enfant* 15/11/2002 : [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(symbol\)/CRC.GC.2002.2.Fr?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CRC.GC.2002.2.Fr?OpenDocument).

l'enfance disposant de vastes pouvoirs ayant trait aux droits de la personne serait capable de s'assurer que les annonceurs et les concepteurs de jeux à caractère commercial peuvent rendre compte par la voie d'une mesure de réparation en matière des droits de la personne.

Ou encore les législateurs provinciaux pourraient envisager d'étendre le champ d'application de la législation sur les droits de la personne en vigueur pour englober non seulement les droits à la non-discrimination, mais d'autres droits fondamentaux comme le droit à la vie privée. Ils pourraient envisager également de conférer aux commissaires à l'information et à la vie privée les pouvoirs nécessaires pour appliquer les mesures de réparation étendues en matière des droits de la personne par rapport aux atteintes à la vie privée. Les droits à la vie privée des enfants sont particulièrement peu susceptibles d'être exécutoires devant les tribunaux civils; l'âge des victimes, leurs moyens, leur capacité, la nature des préjudices qui leur ont été causés et la valeur que la société et que les jeunes y accordent parfois eux-mêmes conspirent tous contre une telle démarche. Cependant, avec l'avènement du réseautage social, il est probable en particulier que le droit à la vie privée des adolescents soit exposé à un risque accru à cause du « sexting », de la cyberintimidation ou de messages diffamatoires. Lorsque nous parlons de ressort psychologique, d'estime de soi, de qualité de vie et de productivité, le coût pourrait avoir de profondes conséquences sociales si ces préoccupations ne font pas l'objet de mesures adéquates. S'assurer que des recours accessibles, exécutoires et opportuns existent pour se prémunir contre ce type de conduite serait une mesure de protection législative raisonnable. Il est clair que les campagnes d'éducation et de promotion menées dans le même but doivent se poursuivre, mais il faut des lois plus rigoureuses maintenant pour renforcer le point de vue voulant que les droits des enfants soient pris au sérieux.

Conclusion

C'est le moment d'agir pour protéger les renseignements personnels des enfants en ligne. Le 20 novembre 2009 marque le 20^e anniversaire de la Convention relative aux droits de l'enfant, ce qui serait le moment idéal pour les législateurs canadiens d'agir comme maîtres d'œuvre afin de promouvoir des initiatives de réforme législatives pour renforcer la protection des renseignements personnels des enfants à la maison. L'exploitation des renseignements personnels des enfants en ligne est un problème qui ne peut être ignoré; il faut agir par la voie d'une réforme législative.

Le présent document a examiné quelques-unes des modifications possibles qui peuvent être apportées aux instruments législatifs en vigueur pour mieux protéger les renseignements personnels des enfants en ligne. Son objectif est de stimuler la discussion parmi les organismes de surveillance législative intéressés et parmi les Canadiens, en général, conformément au point de vue voulant que de nombreuses voix à l'unisson soient plus efficaces dans la promotion des modifications qui s'imposent.

La LPRPDE pourrait être modifiée pour inclure des règles claires concernant le consentement pour la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels des enfants. L'élaboration d'espaces de jeux à caractère non commercial devrait être encouragée. Des lois

fédérales ou provinciales sont nécessaires pour empêcher la publicité intégrée aux sites Web qui s'adressent aux enfants et les efforts de marketing qui ciblent les enfants. Les lois relatives à la protection du consommateur du Québec sont prometteuses à cet égard, mais pourraient être mises à jour en cette ère de l'information et reproduites dans d'autres provinces canadiennes.

Nous avons également la possibilité d'aider les professionnels de l'application de la loi à trouver avec plus d'efficacité les auteurs de pornographie juvénile en encourageant la promulgation des instruments législatifs déposés qui obligeraient les FSI à aider dans l'application des lois relatives à la pornographie juvénile. Finalement, nous avons la possibilité de découvrir un plus grand nombre de ces contrevenants en déposant un projet de loi fédéral qui rend obligatoire le signalement de la pornographie juvénile observée. La réalisation du bon équilibre entre le droit à la vie privée des abonnés des FSI et le droit à la vie privée des enfants compromise par les pornographes nécessitera un examen attentif. Cependant, les efforts conjoints de consultation des commissaires à la vie privée et des organismes de défense des droits des enfants et des jeunes jetteront vraisemblablement une base solide pour des solutions concertées à cet égard.

À part les modifications législatives, nous devons voir à ce que les lois actuelles visant à protéger la vie privée des enfants soient respectées comme il se doit. Par exemple, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada a déterminé que le site de réseautage social Facebook avait commis une infraction aux lois canadiennes concernant la protection des renseignements personnels.⁴³ La plainte contre Facebook portait sur la collecte et l'utilisation inutiles et non consensuelles de renseignements personnels. Le commissaire a déterminé que l'entreprise n'avait pas prévenu les utilisateurs de la façon dont ces renseignements étaient utilisés et qu'elle n'avait pas détruit de façon adéquate les données des utilisateurs après la fermeture de leur compte. Nous devons dorénavant travailler avec les outils en place pour protéger les renseignements personnels des enfants en ligne tout en cherchant à apporter des améliorations afin de combler les lacunes qui se présenteront inévitablement à mesure que la technologie et la société continueront d'évoluer.

Compte tenu de la grande présence d'Internet dans la vie des enfants et des jeunes à la maison, les parents ne devraient pas être les seuls à contrôler la protection des renseignements personnels des enfants en ligne. Il faut des modifications législatives, conjuguées à de bonnes campagnes de sensibilisation et d'éducation du public, qui protégeront mieux leurs renseignements personnels en ligne et feront d'Internet un univers plus sécuritaire pour les enfants.

⁴³ COMMISSAIRE À L'INFORMATION DU CANADA. Résumé de conclusions d'enquête de LPRPDE n° 2009-008, sur Internet : <http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2009/2009_008_0716_f.cfm>.

Annexe I – Sommaire des propositions de réforme législative

Proposition de réforme	Mécanisme(s)	Modèles existants
1. Limiter ou interdire la collecte en ligne des renseignements identificateurs et non-identificateurs des enfants par la voie de sites Web commerciaux.	<ul style="list-style-type: none"> • Nouvelle loi fédérale se rattachant à la protection des renseignements personnels des enfants en ligne • Modifications à la LPRPDE fédérale existante • Modifications provinciales à une loi essentiellement semblable destinée au secteur privé 	<i>Children's Online Privacy Protection Act</i> (États-Unis)
2. Limiter ou interdire la publicité destinée aux enfants âgés de moins de 13 ans.	<ul style="list-style-type: none"> • Modifications à la <i>Loi sur la concurrence</i> fédérale • Loi provinciale relative à la protection des consommateurs 	<i>Loi sur la protection des consommateurs</i> (Québec)
3. Interdire la publicité intégrée aux jeux et aux espaces de jeux virtuels des enfants.	<ul style="list-style-type: none"> • Modifications à la <i>Loi sur la concurrence</i> fédérale • Loi provinciale relative à la protection des consommateurs 	<i>Loi sur la protection des consommateurs</i> (Québec)
4. Obliger les FSI à conserver les données sur les clients pour aider aux activités d'application de la loi.	Loi fédérale, étant donné que les FSI relèvent de la compétence fédérale en tant qu'entreprises de télécommunications	<i>Loi sur l'assistance au contrôle d'application des lois au 21^e siècle</i> (projet de loi C-47)

5. Obliger les FSI à divulguer les renseignements personnels des clients pour appuyer les activités d'application de la loi.	Loi fédérale, étant donné que les FSI relèvent de la compétence fédérale en tant qu'entreprises de télécommunications	<i>Loi sur les pouvoirs d'enquête au 21^e siècle</i> (projet de loi C-46)
6. Obliger les FSI à bloquer l'accès aux sites contenant des images de pornographie juvénile.	Loi fédérale, étant donné que les FSI relèvent de la compétence fédérale en tant qu'entreprises de télécommunications	Cyberaide.ca
7. Rendre le signalement de la pornographie juvénile pour tous (y compris les FSI).	Modifications à la loi provinciale sur les services à l'enfance et à la famille ou loi provinciale distincte	<i>Loi sur les services à l'enfant et à la famille</i> du Manitoba, art. 18 (en vigueur en avril 2009) Modification à la <i>Loi sur les services à l'enfance et à la famille</i> de l'Ontario (pas encore en vigueur) Nova Scotia <i>Child Pornography Report Act</i> (pas encore en vigueur)
8. Empêcher la divulgation du matériel d'enfants exploités sexuellement à l'avocat de la défense durant des instances criminelles.	Modification au <i>Code criminel du Canada</i>	

<p>9. Consacrer le droit à la vie privée des enfants.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Modifications constitutionnelles pour consacrer les droits à la vie privée dans la Charte • Une déclaration des droits à la vie privée des enfants • Commissaire de l'enfance au Canada doté du pouvoir d'appliquer les droits prévus dans la Convention, y compris le droit à la vie privée • Modifications provinciales aux codes des droits de la personne pour inclure les droits à la vie privée • Attribution des pouvoirs de réparation des tribunaux des droits de la personne aux commissaires provinciaux pour protéger la vie privée 	
---	---	--